

En defensa de los derechos y libertades

Carlos Hakansson Nieto



Comisión de
Derechos Humanos
del Estado de Puebla

En defensa de los derechos y libertades

Carlos Hakansson Nieto



Comisión de
Derechos Humanos
del Estado de Puebla

Esta edición y sus características son propiedad de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla y del Instituto de Investigaciones y Estudios en Materia de Derechos Humanos. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de las personas autoras y editoras.

En caso de erratas y actualizaciones, la CDH Puebla publicará la pertinente corrección en la página web www.cdhpuebla.org.mx/v1/

En defensa de los derechos y libertades
Libro digital

Esta obra fue dictaminada por sistema de revisión doble ciego

Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla
5 Poniente 339, colonia Centro
Puebla, Puebla. C.P. 72000
Teléfono: 222 309 47 00
www.cdhpuebla.org.mx

ISBN: : 978-607-69662-0-4

Autor: Carlos Hakansson Nieto
Diseño y formación: Carolina Picazo Escalante
Portada: Carolina Picazo Escalante
El cuidado y la corrección de los textos estuvo a cargo del Instituto de Investigaciones y Estudios en Materia de Derechos Humanos
Distribución gratuita
Hecho en México

Consejo Editorial

Carlos Hakansson

Universidad de Piura, Perú

Catheryn Camacho Bolaños

University of California San Diego,
Estados Unidos

Clara Luz Álvarez González de Castilla

Universidad Panamericana,
México

Guadalupe Irene Juárez Ortiz

Centro de Investigaciones y Estudios
Superiores en Antropología Social,
México

Héctor Fabián Ghiretti

Universidad Nacional de Cuyo,
Argentina

Héctor Manuel Guzman Ruíz

Universidad Nacional Autónoma de
México, México

José Antonio Sánchez Barroso

Universidad Nacional Autónoma de
México, México

Karina Ansolabehere

Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma
de México, México

Leopoldo Gama Leyva

Universidad Autónoma de Tlaxcala
y Universidad Iberoamericana, Ciu-
dad de México, México

María Elizabeth de los Ríos Uriarte

Universidad Anáhuac Norte, México

María Francisca Elgueta Rosas

Universidad de Chile, Chile

María Solange Maqueo Ramírez

Universidad La Salle, México

Mariana Durán Márquez

Universidad Popular Autónoma del
Estado de Puebla, México

Miguel Bonilla López

Escuela Libre de Derecho,
México

Rafael Estrada Michel

Escuela Libre de Derecho,
México

Pilar Zambrano

Universidad de Navarra,
España

“—Lo lamento —dijo Frodo—; estoy asustado y no siento ninguna lástima por Gollum.

—No lo has visto —interrumpió Gandalf.

—No, y no quiero verlo —replicó Frodo—. No puedo entenderte. ¿Quieres decir que tú y los Elfos habéis dejado que siguiera viviendo después de todas esas horribles hazañas? Ahora, de cualquier modo, es tan malo como un Orco, y además un enemigo. Merece la muerte.

—La merece, sin duda. Muchos de los que viven merecer morir y algunos de los que mueren merecen la vida. ¿Puedes devolver la vida? Entonces no te apresures a dispensar la muerte, pues ni el más sabio conoce el fin de todos los caminos” (*).

TOLKEIN, JRR: *El Señor de los anillos*.
La Comunidad del anillo, Ediciones Minotauro,
Barcelona, 1999, pp. 84-85

(*) “El derecho natural impone deberes de los que sólo indirectamente resultan facultades de exigirlos socialmente”; cfr. D’ORS, Álvaro: *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 27.

Para mis hermanas, Luz María y Ana Luisa

Índice

Introducción

La persona humana desde el derecho constitucional

La “verdad autoevidente” que la persona goza de unos bienes humanos no está acompañada de una fundamentación única para explicar qué cosa son¹. Las teorías de la argumentación parten desde la naturaleza humana hasta su expreso reconocimiento en la norma positiva. La primera etapa del constitucionalismo corresponde a los derechos civiles y políticos reconocidos de primera generación; esas “verdades autoevidentes” que todos los hombres son creados iguales y dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” como reza la Declaración de Independencia Americana (1776)², o “los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre” que menciona la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano francesa (1789)³. De ambas declaraciones se desprende la idea que los derechos humanos se develan. Se tratan de un conjunto de bienes humanos universales, indivisibles, interdependientes, integrales, inalienables e imprescriptibles que, como cuotas de perfección, permiten la máxima realización de la persona como ser individual, social, espiritual y cultural⁴. Se trata de cuatro dimensiones que demandan el reconocimiento de ciertos derechos para su ejercicio en libertad, igualdad y solidaridad.

-
1. La Declaración de Independencia estadounidense (1776) comienza afirmando “(...) como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad (...)”; cfr. <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>.
 2. “Se trata de un texto no demasiado largo, articulado a través de XVI preceptos enunciados en números romanos. Su título completo es ‘Declaración de derechos formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en asamblea plenaria y libre; derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como base y fundamento del gobierno’”. Cfr. CARBONELL, Miguel: *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, Palestra Editores, Lima, 2000, p. 85.
 3. Sobre la Declaración francesa, Carbonell recuerda que “el proyecto presentado por Mirabeau tiene cuestiones interesantes; por ejemplo, su primer párrafo sería luego recogido casi íntegramente para conformar el preámbulo de la versión definitiva de la Declaración. Además, varios de sus artículos ya recogían derechos que luego serían considerados como grandes aportaciones de la Declaración”; cfr. CARBONELL: *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave...*, p. 105.
 4. Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 29-33.

El primer derecho fundamental fue el reconocimiento de la libertad individual, en su momento histórico sólo para los nobles que emboscaron al Rey Juan Sin Tierra para firmar la Carta Magna de 1215⁵. La difusión filosófica de los derechos humanos surge gracias al estallido de la Revolución Francesa de 1789 y gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789). La jurisdicción de la libertad comienza con las diez primeras enmiendas de la Constitución estadounidense de 1787 reconocidas como su *Bill of Rights* (1991)⁶.

Durante el periodo de entreguerras se dio reconocimiento a los primeros derechos sociales (las constituciones de México de 1917 y alemana de Weimar de 1919). Al final de la Segunda Guerra Mundial, la redacción de las constituciones modernas dio inicio a una nueva sensibilidad sobre los derechos humanos. Su internacionalización de la mano de la Organización de las Naciones Unidas con la promoción de las primeras declaraciones, pactos, protocolos facultativos y convenciones fueron determinantes para incorporar amplios catálogos de derechos para su reconocimiento y protección con nuevas garantías constitucionales. También dio lugar al reconocimiento de los derechos humanos de solidaridad como la paz, el desarrollo, el medioambiente sano y ecológicamente equilibrado. El común denominador fue el reconocer la dignidad humana como principio-derecho rector y fin de la sociedad y la comunidad política. Se trata de la incorporación de un concepto metajurídico cuyos implícitos mandatos de optimización demandan que toda norma, legal e infralegal, así como los actos de cualquier autoridad, funcionario y persona se ordenen a los principios y reglas constitucionales⁷.

-
5. De hecho, Pereira Menaut resalta que la redacción y firma de la Carta Magna “(...) termina con una declaración de buena fe y unas garantías de cumplimiento de lo pactado, mencionando de nuevo a los testigos, ‘en la pradera llamada Runnymede, entre Windsor y Staines, en el décimoquinto día de junio, en el décimo séptimo año de nuestro reinado’”; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010, p. 38 (1215).
 6. En el caso *Barron vs Baltimore* (1833), el juez John Marshall sostuvo que las primeras diez enmiendas no contienen ninguna expresión que indique la intención de aplicarlas a los gobiernos de los estados federados; por tanto, la Corte Suprema no puede aplicarlas. Se trató de un caso importante tras afirmar que el *Bill of Rights* (1991) no restringía los gobiernos estatales; véase, BARNETT Randy; BLACKMAN, Josh: *An introduction to Constitutional Law. 100 Supreme Court cases everyone should know*, Wolters Kluwer, New York, 2020, p. 20.
 7. Sobre la dignidad, Häberle sostiene que es “(...) la base de todas las libertades individuales y premisa cultural-antropológica del Estado constitucional, tiene como consecuencia la democracia en libertad (art. 20GG). Formulado de otra forma: la dignidad de la persona no puede ya continuar siendo entendida de forma exclusivamente “apolítica”. Los artículos 1 y 20 GG deben ser llevados a un punto, deben ser explicados desde un punto”; cfr. HÄBERLE, Peter: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 85.

El conjunto de bienes humanos que realizan a la persona en plenitud, se suman un conjunto de bienes humanos inmateriales que la distinguen de otros seres de la Tierra. La magnanimidad, el perdón y el amor son algunos bienes espirituales que sólo la persona humana es capaz de manifestar hacia los demás. Unos bienes que sólo pueden provenir de una inmaterialidad que también es absoluta y que comprendemos como la dignidad humana. Un concepto de donde provienen o develan todos los bienes humanos que reconocidos y positivizados en la Constitución se denominan derechos fundamentales.

La persona humana y su dignidad es el fin y centro del Derecho como de la Política. Por eso, todo acto del Estado y la sociedad está encaminado a su máxima realización como persona y la plena actuación del bien común como miembro de una comunidad política. La persona posee una pluridimensionalidad que reviste una naturaleza compleja para su estudio en profundidad. Como mencionamos, la persona puede observarse como ser individual, social, pero también como ser cultural y espiritual. Es el único ser con la potencia para trascender en la historia, tiempo y espacio, tanto como persona o desde una civilización.

Los principios y reglas reconocidos en los textos constitucionales tienen el común denominador de promocionar y preservar la máxima realización de la persona, así como velar sobre cómo ha pactado ser gobernada con sus autoridades electas en democracia. La labor de los operadores judiciales y los órganos de control de la constitucionalidad son los principales de esta tarea cuando se producen actos irregulares, amenazas o infracciones.

La reforma constitucional mexicana de junio de 2011 abraza la nueva sensibilidad aludida reconociendo la dignidad de la persona como fundamento para el respeto, protección, garantía y promoción a los derechos humanos que se concreta en once artículos (1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105) de la Constitución mexicana de 1917 y que se pueden resumir en seis apartados:

1. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.
2. El derecho de audiencia como parte del debido proceso para extranjeros con orden de expulsión del presidente de la República fuera del territorio.
3. La competencia de los órganos públicos especializados en derechos humanos

para la protección de los derechos labores⁸.

4. El reconocimiento del principio pro persona aplicar la interpretación más favorable a los derechos humanos.
5. El deber de observancia de toda autoridad en la permanente tarea de defensa a los derechos humanos, como son su promoción, respeto, protección y garantía.
6. La reforma constitucional aludida también comprende ajustes a la procedencia del amparo contra actos, leyes u omisiones de autoridad violatorias de derechos humanos reconocidos por la Constitución de 1917 y los tratados internacionales.

La reforma constitucional mexicana de 2011 se alinea a la teoría de los derechos fundamentales para un Estado Constitucional de Derecho, pero serán los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los responsables para desarrollar el contenido de los derechos humanos, producir precedentes y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Si la producción del derecho a cargo de los jueces (judicialismo), tiene la naturalidad de conceptualizar la develación de los derechos a partir de un caso concreto, los sistemas positivistas se manifiestan por su tendencia codificadora dejando a los jueces la tarea posterior para descubrir su contenido. El punto de encuentro entre ambas teorías es la persona humana que, en el marco del derecho constitucional, es la razón y motivo de un ordenamiento compuesto por fuentes jurídicas que se predicán a partir de los principios y reglas que una comunidad política declara desde verdades autoevidentes, acuerdo o norma fundamental.

Los jueces siempre serán los protagonistas para la protección de los derechos humanos reconocidos, así como la oportunidad para develar otros que derivan de la dignidad de la persona. La decisión de los jueces quedará manifiesta en una sentencia que resuelva una demanda de amparo, habeas corpus o declarar la inconstitucionalidad de un acto o norma que pondrá fin a una amenaza o afectación directa o indirecta a la persona humana como tal. La labor del juez constitucional se ocupa en la protección que ponga freno a una injustificada invasión a una esfera de protección de los derechos y libertades de su titular universal.

8. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y las comisiones respectivas de los estados federados.

La idea del párrafo anterior justifica el momento para compartir estas ideas, precisamente por el relativismo al concepto de persona y su condición de titular universal de los derechos humanos. Las opiniones sobre lo políticamente correcto, el pensamiento único intolerante a las críticas, la manipulación mediática, la regla impuesta por el régimen: «para mis amigos todo, para los demás la ley»; así como empezar a negar, lo que hasta el momento era parte de un acuerdo fundamental, «quiénes somos y hacia dónde vamos», preguntas clave en la historia de la humanidad, son una sumatoria de elementos que, con el paso del tiempo, vienen dándole la razón a George Orwell sobre su visión futurista del mundo en su novela titulada *1984*, que describe las consecuencias de un totalitarismo ideológico promovido por un partido único con el lema: la «guerra es paz, libertad es esclavitud, ignorancia es fuerza»⁹.

En la novela aludida se explica que «la guerra es paz», porque la unión siempre necesita nombrar un enemigo común (por ejemplo el Congreso y todos quienes se opongan al régimen); «la libertad es la esclavitud», cuando los derechos a la vida y la familia dejan de ser bienes jurídicos protegidos por la sociedad y el estado, para que el gobierno asuma la competencia sobre temas tradicionalmente reservados a los padres y, finalmente, «la ignorancia es la fuerza», lograda a través de un bombardeo mediático que distorsiona la realidad a la población, ocultando los verdaderos problemas que deben discutirse. En otra novela titulada *La Rebelión en la Granja*, el mismo visionario describe el totalitarismo post segunda guerra mundial y, la segunda, *1984* sobre el mismo régimen en una época futurista donde cualquier parecido no parece pura coincidencia. El mundo orwelliano describe los efectos perversos que el totalitarismo causa a la persona y una sociedad, desde una granja familiar hasta un escenario más complejo gracias a los avances tecnológicos, medios de comunicación y redes sociales que restan libertades sin darnos cuenta.

A continuación, presentamos un conjunto de ensayos que tienen como común denominador la Persona y la Sociedad, el Derecho, la Política, el Estado y la Constitución. Elementos indispensables para presentar un marco teórico que permita una comprensión más *commonsensical* que, comprometida con un conjunto de verdades oficiales y citas obligadas, nos distancian de las corrientes más positivistas que descolocan a la persona de su posición como centro del ordenamiento jurídico. Se trata de un conjunto de ensayos publicados y ampliados para esta edición. Su contenido tiene inevitables referencias al derecho comparado e, inevitablemente, a la Constitución y

9. George Orwell fue el seudónimo de Eric Arthur Blair (1903-1950), periodista y novelista y crítico británico.

jurisprudencia peruana, pero tratándose de la libertad y sus problemas la universidad de los derechos humanos supera toda localía. Finalmente, deseo culminar la introducción expresando mi agradecimiento al Instituto de Investigaciones y Estudios en Materia de Derechos Humanos, órgano de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla, que auspicia la presente publicación y desde tierras guadalupanas: Madre de las humanidades.

Carlos Hakansson Nieto¹⁰

10. Licenciado en Derecho (Universidad de Lima). Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura), Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Código Orcid: 0000-0003-3410-8573. Email: carlos.hakansson@fulbrightmail.org.



Primera parte

Temas de teoría general sobre los derechos humanos



Los elementos constitutivos de los derechos y libertades

Los derechos civiles son bienes humanos que ejercen los ciudadanos para su plena realización en la vida ordinaria; por tanto, se trata de derechos que corresponden a todas las personas nacidas en el país o el extranjero, para gozar sus libertades con igualdad ante la ley e interactuado con otras personas en una comunidad política donde también están garantizadas las libertades de opinión, expresión y religión. La finalidad es repasar la definición y rasgos característicos sobre los derechos humanos, así como el origen y propósitos de los tratados internacionales para su reconocimiento y protección, en especial los pactos de Nueva York de 1966 y, especialmente, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹¹.

I. El principio de dignidad como fundamento de los derechos y libertades

La persona humana necesita la vida en sociedad, por eso tenemos una tendencia natural para asociarnos y alcanzar objetivos que excedan las capacidades individuales. La persona no es un ser autosuficiente. Una experiencia que permite darnos cuenta que la familia y la vida en comunidad son tipos de sociedad que corresponden directamente con la naturaleza humana, así como aquéllas con fines culturales, deportivos, económicos, etcétera, que forman parte de la necesidad relacional de la persona.

Toda comunidad política debe asegurar el bien para la vida en sociedad. El bien común alude al conjunto de condiciones de la vida social que permite a las personas lograr más plenamente su realización. En resumen, el bien común está relacionado con el que corresponde a otras sociedades y con el de toda la humanidad en su conjunto. A partir de aquí nos preguntamos, ¿cuál es el origen y fin de todas las instituciones sociales? La persona humana es la respuesta. La comunidad política asegura la justicia social brindando condiciones que nos permitan obtener lo que le es debido. Por eso, si el fin último del Estado y la sociedad es la persona, la justicia social se logra a través del debi-

11. Una primera versión se encuentra publicada como material de educativo para los discentes, jueces y fiscales, de la Academia de la Magistratura del Perú; véase el enlace: https://aulav.amag.edu.pe/pluginfile.php/80184/mod_resource/content/1/MANUAL%20AUTOINSTRUCTIVO.pdf

do respeto a su dignidad que lo comprende como un fin en sí mismo. En el Derecho, la persona es el origen y centro de las fuentes constitucionales. A través de la política, la autoridad busca el bien común de la sociedad mediante medios moralmente legítimos. En ese sentido, la libertad e igualdad reclaman el servicio y la fraternidad humana.

En el bien común se reconocen tres factores a tener en cuenta: el respeto y promoción a los derechos fundamentales, la paz y seguridad de sus miembros para la plena realización humana. Los derechos humanos son bienes naturales para el pleno desarrollo de la persona como individuo y ser relacional en una comunidad política. La primera conquista para su reconocimiento fueron los derechos civiles y políticos, a ellos se sumaron con el tiempo los económicos, sociales y culturales para luego reconocer los derechos de la humanidad en su conjunto conocidos como el desarrollo al desarrollo (la paz, la integración, el medioambiente sano y ecológicamente equilibrado); también conocidos como el derecho síntesis de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), pues, en resumen, lo que importa a todos debe ser aprobado por todos.

El nuevo orden mundial surgido tras la postguerra impulsó una nueva sensibilidad respecto al reconocimiento y protección de los derechos humanos. El decidido impulso para su plena difusión y realización internacional¹². Para comenzar, decidieron aprobar un documento que recogiera los derechos que se ocuparan de reconocer los bienes humanos de las personas como individuos y seres sociales. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) encomendó la redacción de los treinta artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948), comenzando por un preámbulo con argumentos filosóficos. Una comisión internacional compuesta por expertos que tuvo presente el derecho natural, que se conserva y permanece, en oposición al derecho positivo producido por los seres humanos que es cambiante en el tiempo. La Declaración se concibió como documento único, pero el tiempo produjo la aprobación de otras más específicos no exentos de polémica cuando primera fue pensada desde su naturaleza universal¹³.

12. "El texto completo de la DUDH fue elaborado en menos de dos años. En un momento en que el mundo estaba dividido en un bloque oriental y otro occidental, encontrar un terreno común en cuanto a lo que sería la esencia del documento resultó ser una tarea colosal"; cfr. <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>.

13. Las impresiones de Hernán Santa Cruz (Chile), miembro de la subcomisión de redacción, resumen el ambiente vivido durante su gestación, "[p]ercibí con claridad que estaba participando en un evento histórico verdaderamente significativo, donde se había alcanzado un consenso con respecto al valor supremo de la persona humana, un valor que no se originó en la decisión de un poder temporal, sino en el hecho mismo de existir – lo que dio origen al derecho inalienable de vivir sin privaciones ni opresión, y a desarrollar completamente la propia personalidad. En el Gran Salón... había una atmósfera de solidaridad y hermandad genuinas entre hombres y mujeres de todas las latitudes, la cual no he vuelto a ver en ningún escenario internacional"; cfr. <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>.

II. Los elementos constitutivos de los derechos y libertades

Si los derechos humanos son bienes (humanos) equivalentes a sendas cuotas de perfección y realización de la persona (humana)¹⁴, las características o elementos que los distinguen son: la universalidad, indivisibilidad, interdependencia, integralidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. La universalidad alude a la titularidad de los derechos que se adscriben a toda persona humana, siendo exigibles en cualquier lugar y contexto y momento. La universalidad y la regionalización para su protección tampoco son incompatibles. Los mecanismos de protección deben ser igualmente sencillos, rápidos y eficaces independientemente si se amenazan o vulneran en países del primer o tercer mundo¹⁵. Por eso, la universalidad concreta la regionalización a partir de las reales posibilidades en cada región. En ese sentido, la interacción de los diversos sistemas de garantía a los derechos humanos redundan en una mayor protección para la persona.

Su universalidad no sólo depende de la efectividad de los derechos sino por el reconocimiento a la persona como un fin en sí misma. Su carácter universal está relacionado con la esencia jurídica natural y moral de esos bienes propiamente humanos¹⁶. Por eso, los derechos fundamentales conservan su vigencia y deben observarse independientemente que fueran o no reconocidos por una comunidad política. Su moralidad nos conduce al reconocimiento de la persona como un fin en sí misma y fundamento de la vida, libertad, igualdad y propiedad.

Si los derechos humanos son bienes o cuotas de perfección para la plena realización de la persona, no se pierden si dejaran voluntariamente de ejercerse con el tiempo, menos por actos arbitrarios de cualquier autoridad, funcionario o persona. Por eso, el carácter de inalienabilidad comprende una restricción de dominio para el

14. Véase, CASTILLO CÓRDOVA: "Los derechos humanos: la persona como inicio y fin del Derecho"... pp.8-12.

15. El inciso 1, artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

16. Sobre el *Bill of Rights* estadounidense (1791) contenido en sus diez primeras enmiendas nos dice que, "(...) los principios establecidos en la Carta de Derechos, tomados en conjunto, comprometen a Estados Unidos con los siguientes ideales políticos y jurídicos: el gobierno debe tratar a quienes están sujetos a su imperio como si tuvieran igual estatus moral y político; debe intentar, de buena fe, tratarlos a todos con igual consideración; y debe respetar todas las libertades individuales indispensables a tales fines, incluyendo pero no limitándose a las libertades más específicamente definidas en el documento, tales como la libertad de expresión o de religión"; cfr. DWORKIN, Ronald: *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución norteamericana*, Palestra Editores, Lima, 2019, p. 14.

ejercicio de los derechos humanos, es decir, no se venden ni transmite su realización. La persona humana está fuera de cualquier acto o materia de comercio.

La naturaleza de los derechos humanos se comprende como un todo. De esta manera, los caracteres de indivisibilidad, interdependencia e integralidad resultan complementarios, pues se vinculan unos con otros. En una primera etapa se develaron los derechos civiles y políticos (primera generación), luego los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación), para que finalmente la comunidad internacional reconozca los denominados derechos de la solidaridad (medioambiente, desarrollo, la paz e integración) o de tercera generación.

La clasificación de los derechos en generaciones no debe llevar a confusión, no significa que unos sean superados por otros con el paso del tiempo¹⁷. Como mencionamos¹⁸, los derechos se develaron con el paso del tiempo y gracias a concretos episodios de la historia universal. Se complementan unos con otros para realización humana. La integralidad defiende la unidad de los derechos humanos contra una errónea jerarquización. En el preámbulo de los pactos de Nueva York (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966), se vinculan a ambos grupos de derechos sosteniendo la necesidad de crear las condiciones para que cada persona goce de ambas generaciones¹⁹.

-
17. La primera generación corresponde a fines del siglo XVIII, la Declaración de Independencia norteamericana (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano con el estallido de la Revolución francesa (1789) dieron lugar al reconocimiento de los derechos civiles y políticos. La segunda generación responde a las protestas sociales del siglo XIX y sus consecuencias en los textos constitucionales del periodo de entreguerras. Las constituciones de México (1917) y la otrora alemana de Weimar (1919) reconocieron los primeros derechos sociales de salud, educación y trabajo. La tercera generación no tardó en manifestarse pasada la mitad del siglo XX, la internacionalización de los derechos a través de los órganos internacionales promovió el reconocimiento y difusión de los derechos síntesis de las Naciones Unidas: la paz, el desarrollo, el medioambiente ecológicamente equilibrado y el patrimonio común de la humanidad.
 18. El profesor Castillo Córdova desarrolla al respecto que "(...) el contenido constitucional de los derechos fundamentales es un contenido limitado, ilimitable y delimitable. Delimitar significa establecer, en las circunstancias que definen el caso concreto, cuáles son las fronteras o límites propios de los derechos fundamentales; significa definir qué acciones son objeto de protección constitucional por ser permitidas por el contenido constitucional del derecho y cuales no lo son"; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 345.
 19. La razón del preámbulo compartido se debió a la resistencia entre Occidente y los estados alineados a la otrora Unión de Repúblicas Soviéticas (URSS) para firmar un pacto que contenga tanto los derechos civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales.

La indivisibilidad es un criterio de interpretación de los derechos humanos. Se relaciona con el rechazo a cualquier posible jerarquización, pues resulta indispensable el desarrollo integral de la persona que refuerza su carácter unitario. Ninguna autoridad, funcionario o persona puede jerarquizar un grupo de derechos humanos frente a otros. La interdependencia que existe entre los derechos, en cambio, reconoce que toda persona y sociedad no puede sentirse segura sin el pleno reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Finalmente, ningún derecho humano es absoluto, pues, todos nacen ajustados unos con otros, son ilimitables y sólo delimitables. El carácter absoluto de los derechos se admite sólo cuando supone que su realidad y condición prevalece sobre cualquier otra pretensión que no contenga el reconocimiento y protección de un derecho fundamental.

III. Los derechos humanos vinculados a la vida en comunidad

Nos ocuparemos de los derechos humanos vinculados a la vida en una comunidad política, para ello abordaremos el contenido de las libertades de expresión, el derecho al acceso a la información, las libertades de asociación, reunión, circulación, residencia, expresión y el derecho al acceso a la información. Nos detendremos también en exponer algunos alcances sobre estas materias.

A) La libertad personal como primer derecho fundamental

Como mencionamos, los derechos y libertades comprenden un conjunto de bienes humanos indispensables para su realización como persona individual, social, corporal y espiritual. Los modernos catálogos de derechos fundamentales reconocidos en las constituciones codificadas nos permiten contar no menos de cuarenta derechos (individuales, sociales, ambientales), reconocidos por los constituyentes más aquéllos conceptualizados por los jueces en sus sentencias; sin embargo, nos corresponde identificar a la vida, dignidad, libertad, igualdad y propiedad, como el conjunto de derechos síntesis del cual proceden todos los demás que conocemos en las constituciones codificadas, declaraciones, pactos, protocolos facultativos y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Se trata de un sumario de cuotas de perfección de la persona que tuvo inicio en un momento histórico para la humanidad, concretamente en la Edad Media, con el reconocimiento de la Carta Magna de 1215 firmada por el Rey Juan Sin Tierra que se compromete con los nobles a respetar el primer derecho fundamental reconocido: la libertad personal²⁰.

20. Véase, "La libertad personal como primer derecho fundamental y sus consecuencias jurídico-constitucionales" en CAMARENA ALIAGA, Gerson; BUENO RAMOS, Any; La constitucionalización de la prisión preventiva. Tribunales constitucionales contra tribunales penales, Ideas, enero, 2021, pp. 207-225.

En palabras de Chesterton, el valor de la Carta Magna se comprende más como un paso atrás del despotismo, que un paso adelante hacia la democracia²¹. La histórica Carta de 1215 contiene un conjunto de diferentes reglas y compromisos reales, entre ellas, la más importante para la correcta administración de justicia, es el llamado *due process of law* cuando establece que “[n]inguna persona libre será detenido o encarcelado o privado de sus tierras o derechos o declarado fuera de la ley o en algún otro modo destruido, ni contra él iremos, ni contra él enviaremos a otros, excepto por un juicio justo de sus pares o por el derecho del país”²². Una vez transcrito parte del pacto medieval, ¿qué entendemos por la libertad personal? Es la facultad de toda persona para obrar y decidir hacer o no hacer sin coacción física o moral. Toda norma, pública o privada, que afecte la autodeterminación y ausencia de coacción²³, parte de su contenido constitucional protegido, produce una infracción a la libertad propiamente dicha.

La libertad individual posiciona a la persona como el único titular de los derechos y libertades. Una afirmación un tanto cuestionada ante la aprobación de sendos instrumentos internacionales que reconocen los llamados derechos de grupo. En ese sentido, el primer acuerdo fundamental viene siendo afectado cuando la persona deja de ser el centro de los derechos y libertades reconocidos, para compartir su posición exclusiva con otros que agrupan distintas pretensiones. Dado que la libertad es un derecho continente, tanto así, que cuando un profesor se dirige al campus universitario ejerce su libertad de tránsito, las libertades de reunión y expresión para compartir conocimiento, atender interrogantes y aceptar discrepancias, observamos que se trata de un bien humano que se ejercita permanentemente y que manifiesta varias dimensiones a la vez.

-
21. Chesterton añade que “si sostenemos esa doble verdad con la suficiente firmeza dispondremos de una clave para comprender el resto de la historia inglesa. Una aristocracia bastante autónoma no sólo conquistó, sino que a menudo mereció la libertad. Y la historia de Inglaterra podría resumirse de manera sucinta afirmando que, de los tres términos del lema francés <<Libertad, igualdad y fraternidad>>, los ingleses han amado sinceramente el primero y perdido en cambio los otros dos”; cfr. CHESTERTON, C.K: *Breve historia de Inglaterra*, Acatilado, Barcelona, 2005, p. 96.
22. El párrafo citado se ubica en el artículo o sección 39, en su actual epigrafiado; véase, además, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, servicio de publicaciones de la facultad de derecho, Madrid, 1992, p. 50. La doctrina más ortodoxa sostiene que la Magna Carta no forma parte de la prehistoria de los derechos humanos, pues se limitaba determinados estamentos (los nobles); sin embargo, como bien rectifican, el reconocimiento a los derechos fundamentales surge como resultado al rechazo de las pretensiones de soberanía del monarca al progresivo reconocimiento del principio de igualdad a los ciudadanos libres y, como última etapa, hacia los derechos humanos en general; véase, KRIELE, Martín: *Introducción a la teoría del estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 209
23. Véase, NUÑEZ, Manuel Antonio: “La libertad personal y la seguridad individual” en AA. VV: *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso, 1997, p. 137.

La libertad personal también es conocida como la libertad ambulatoria, locomotriz, de circulación, es decir, la libertad de toda persona para residir o decidir trasladarse dentro o fuera del país. Es una amplia libertad de movimiento que tiene toda persona humana ejerciendo los demás derechos que le asisten, como manifestaciones concretas de la misma libertad. En efecto, la libertad personal responde a la protección básica de la persona en su integridad, un bien humano indispensable para reconocer los demás que permitan su plena realización, asociada a posición como centro del derecho y con base al sentido de su propia dignidad: la persona humana como un fin en sí misma. Se trata de las libertades de tránsito, asociación, pensamiento y expresión, que no tendrían razón de ser y existir sin antes partir del pleno reconocimiento a la libertad individual, fundamento de los demás derechos.

A través del reconocimiento a la libertad de tránsito, toda persona nacional o extranjera con residencia establecida puede circular sin restricciones. En ese sentido, las personas con capacidad de autodeterminación gozan de libertad para disponer cómo y dónde desplazarse, ya sea para ingresar al Estado, circular y transitar dentro de él, o salir de su territorio²⁴.

Un debate histórico y doctrinal fue la discusión sobre si la libertad religiosa fue la real detonante del resto de derechos reconocidos²⁵, ello explicado por la migración al continente americano a causa de la persecución religiosa en Gran Bretaña, pero, contrariamente a esta tesis, la libertad religiosa sólo por excepción fue comprendida como un derecho. La regla fue la tolerancia, pues, la tradición de las libertades estaba muy asentada en la mente de los británicos y primeros colonos americanos. La libertad de conciencia y culto no estaba difundida antes del estallido de la revolución, recién incorporada en el *Bill of Rights* de 1791 una vez reconocida la libertad personal y sus distintas manifestaciones. Por eso, fue el primer derecho fundamental reconocido y que, a partir de él, judicialmente²⁶, se dio paso al progresivo reconocimiento y conceptualización de los demás derechos garantizados por las constituciones y tratados internacionales; es más, la libertad personal fue violada por causa de una falta de tolerancia y persecución a las diferentes creencias religiosas.

24. Véase, Exp. N° 2876-2005-PHC/TC (FJ 6).

25. Al tratarse de un principio fundacional en los Estados Unidos se ha difundido la idea que la primera libertad reconocida corresponde a la religiosa; recientemente, el Vicepresidente de los Estados Unidos de América, Mike Pence, sostuvo lo mismo en la Conferencia Ministerial para promover la libertad religiosa; véase, <https://share.america.gov/es/pence-estados-unidos-defensor-de-la-libertad-religiosa-ayer-hoy-y-siempre/>.

26. Para Krielle, sobre los padres de la Constitución estadounidense y redacción del Bill of Rights, "(...) los esfuerzos de James Madison lograron introducir la libertad religiosa en la versión final. El artículo sobre la religión sólo fue aceptado cuando las quince libertades precedentes estaban ya formuladas"; cfr. KRIELLE: Introducción a la teoría del estado..., p. 211.

B) La libertad individual y personal en el derecho y jurisprudencia constitucional

La teoría constitucional reconoce dos dimensiones básicas sobre la libertad: individual y personal. La Constitución peruana, por ejemplo, reconoce la individual en el literal (a), inciso (24) artículo 2, la segunda en el inciso (1), artículo 200 de la Norma Fundamental. Es una manifestación concreta del bien humano en su esencia, la facultad de hacer o no hacer algo en un Estado Constitucional de Derecho, es decir, todo está permitido sino está legalmente prohibido. La libertad personal, en cambio, es la capacidad de movimiento y garantía ante una detención arbitraria. La razón para distinguirlas tiene la finalidad de proteger ambas dimensiones para su ejercicio. La primera alude al ámbito de la libertad como tal, la segunda reconoce su dimensión básicamente corpórea, la cual, como sabemos, constituye la finalidad de protección del habeas corpus.

Si la libertad individual es la facultad de toda persona para tomar decisiones sin amenazas, coacción o restricciones, la libertad personal es la posibilidad de movilizarse reservada a la integridad personal. En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que el reconocimiento a la libertad personal protege a toda persona frente a privaciones injustificadas contra su libertad física o ambulatoria y a cualquier injerencia ilegales o arbitrarias; en resumen, garantiza protección contra las detenciones, internamientos o condenas arbitrarias; trasgresión también producida cuando, a pesar de existir fundamentos legales de restricción se agrava ilegítimamente por su forma o condición.

La jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, argumenta que “(...) la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”; seguidamente, añade que “[e]n lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”²⁷, por eso ambas libertades, individual y personal, son formas de expresión de la libertad esencial como ausencia de obstáculos o limitaciones²⁸. El Tribunal Constitucional sostiene que “[e]l derecho a la

27. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafos 52 y 53.

28. SOSA SACIO, José Manuel: “La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad” en *Pensamiento Constitucional*, N°23, 2018, pp. 184-201.

libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto (...) está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado”²⁹. El habeas corpus es un proceso constitucional para la protección de la libertad personal. Desde la Carta Magna inglesa de 1215, el hábeas corpus tuvo como finalidad la tutela de la libertad física, un mecanismo contra detenciones arbitrarias y otras demás amenazas de la libertad personal.

C) La libertad personal como contenido a la libertad individual

La persona como atributo subjetivo de la libertad individual, no puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria por detención, internamiento o una condena arbitraria. Como atributo objetivo, es un bien humano vital para el funcionamiento de una comunidad democrática. La manifestación concreta de la libertad reconocida y presupuesto para el ejercicio de los derechos humanos y sus límites.

El derecho no tiene por finalidad privar la libertad, la reconoce y protege, por eso las fuentes jurídicas que configuran la imagen del Estado Constitucional de Derecho promueven la libertad ciudadana. La libertad individual y personal demanda la seguridad jurídica de la persona para poder ejercerlas. De poco serviría reconocerla aislada de la garantía de expresar sentimientos y opiniones mientras no afecten la reputación de terceros, si no se respeta la dimensión complementaria e interdependiente que yace en los derechos fundamentales. El inciso 1, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, reconociendo que: i) nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias; y que ii) nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley con arreglo a su procedimiento. El Tribunal Constitucional sostiene que la prisión preventiva es una regla de última ratio, es decir, puede dictarse solo en circunstancias excepcionales y no como regla general. A todo procesado le asiste el derecho de presunción de inocencia mientras no exista una sentencia condenatoria que sea firme.

29. “ Cfr. Exp. N° 05765-2009-PHC/TC (FJ 3); véase, además, (Sentencia N° 07624-2005-PHC/TC (FJ 2). Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC.

D) La libertad de expresión como base de la institucionalidad democrática

La libertad de expresión es uno de los temas recurrentes entre los clásicos del pensamiento político, sentó las bases para la institucionalidad democrática que conocemos. En ese sentido, la libertad individual estará mejor garantizada en la medida que podamos expresar nuestras ideas, pareceres y emociones sin que alguien (autoridad, funcionario o persona) nos impida hacerlo o que nos obligue a expresar una idea³⁰, parecer y emoción que no deseamos manifestar³¹. Todo lo anterior hace necesario reconocer una frontera entre la vida privada y el interés público para no afectar su contenido constitucional protegido. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano comprende la libertad de expresión como “la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente”³².

Las libertades se oponen a los dictados arbitrarios de un gobierno absoluto, discrecional o arbitrario, por eso resulta imperativo de reducir el control estatal para aumentar su espacio y favor de la realización humana. Se trata de una regla que también se aplica a los particulares. En el fondo, se busca establecer limitaciones la capacidad de forzar a otros para que realicen lo que no desean hacer o que dejen de hacerlo con libertad. Lo contrario sería admitir la legitimidad de un gobierno arbitrario. De esta manera, nuestra esfera de libertad debe estar protegida de las intervenciones estatales como de los actores privados poco o nada respetuosos de la constitucionalidad.

En la historia del constitucionalismo, se reconoce al Estado absoluto (carente de separación de poderes) como el principal violador de los derechos civiles y políti-

30. Al respecto, Olaiz González dice que “(...) en el ejercicio de este derecho, el disenso que se evidencia en el contexto de la deliberación democrática constituye una variable de la libertad de expresión que trasciende la concepción de un desarrollo de los individuos, para erigirse como un catalizador de progreso social. Esta variable que resulta del lógico conflicto de intereses que supone el contrato social, es la desobediencia civil como forma de protesta social que pretende corregir aspectos que se estiman injustos dentro de un orden político que no es cuestionado en sí mismo”; cfr. OLAIZ GONZÁLEZ, Jaime: “La libertad de expresión como condición para fortalecer la democracia deliberativa. Comentarios preliminares a la entrevista de Noam Chomsky sobre la libertad de expresión” en TENORIO CUETO, Guillermo (coordinador): *La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2007, p. 7.

31. En el caso *United States vs O'Brien* (1968), la Corte Suprema estadounidense sostiene que “(...) la distinción entre conducta y expresión no es muy útil. Después de todo, el habla es una forma de conducta”; véase BARNETT Randy; BLACKMAN, Josh: *An introduction to Constitutional Law. 100 Supreme Court cases everyone should know*, Wolters Kluwer, New York, 2020, p. 269.

32. Cfr. N° 10034-2005-PA/TC (FJ 16).

cos³³. Por eso debe ser limitado en sus poderes y, al mismo tiempo, ser capaz de proteger los derechos y libertades de la persona humana³⁴. De modo similar al resto de derechos fundamentales, la libertad de expresión no se resume con la no intromisión del Estado en la esfera privada, sino que debe garantizar que los particulares tampoco los amenacen o vulneren. En ese sentido, son indispensables los espacios públicos y el acceso a los medios de comunicación entre otras tareas por realizar. En resumen, el Estado tiene el deber constitucional de no intervenir (fuerza negativa) y, por otra parte, también proteger a los ciudadanos ante cualquier amenaza o vulneración, así como la obligación de promoverlos y garantizarlos plenamente (fuerza positiva)³⁵.

La libertad de expresión es la facultad de toda persona para comunicar por cualquier medio, y de modo voluntario, lo que piense, sienta y conoce a cualquier autoridad, funcionario o persona, pero sustentada en la verdad para no afectar el honor y reputación personal. En el ejercicio de los bienes humanos, la persona también requiere serle reconocidas concretas manifestaciones de la libertad de expresión, es el caso de las libertades de culto religioso, enseñanza, cátedra, entre otras.

La libertad de expresión goza de reconocimiento y ejercicio cuando garantiza la ausencia de censura previa a la difusión de las comunicaciones por cualquier medio. La responsabilidad civil y penal será sobreviviente tras el ejercicio de unas expresiones incorrectas, inexactas, falsas, difamatorias que afecten la intimidad, el honor y la buena reputación. En esos casos, no estamos ante el ejercicio regular de la libertad de expresión, sólo una expresión personal y voluntaria que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido³⁶. Si la libertad de expresión es la capacidad de toda persona para transmitir ideas, pensamientos y opiniones, la libertad de información garantiza las libertades que comprenden las de buscar, recibir y difundir datos e investigaciones de interés público que sean veraces³⁷.

33. Como sostiene Carbonell, “[e]n términos generales el Estado Constitucional surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista que se consolida en Europa durante el siglo XV y al descontento de su población”; cfr. CARBONELL: Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave..., p. 85.

34. Véase, además, NUÑEZ ENCABO, Manuel: “Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión” en Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9, 2008, pp. 461-478.

35. Véase, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2583/4.pdf>.

36. Véase, NUÑEZ, Manuel Antonio: “Libertad de expresión” en AA.VV: *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso, 1997, pp. 172-175.

37. Véase, N° 00905-2001-AA/TC (FJ 9) y artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

E) La libertad de asociación y su diferencia con la libertad de reunión

La libertad de asociación para participar en asuntos públicos es reconocida en un sistema democrático. A través de su ejercicio se realiza el derecho de participación política, como candidatos o votantes, cuando ejercemos nuestro derecho de sufragio. Se trata de una libertad que también contribuye a consolidar democracias más sólidas. Sin embargo, no sólo resulta importante para el derecho electoral sino como conducto que hace posible canalizar las propuestas y debates a través de colectivos ciudadanos sin fines de lucro que desean ejercer su libertad de expresión sobre temas de interés público y privado que sean comunes. En resumen, la libertad de asociación permite la conformación de personas jurídicas con entidad propia, distinta a sus integrantes, cuyo objeto o finalidad debe ser lícito para ser reconocido en el ordenamiento jurídico. Su papel en las democracias modernas es fundamental. La asociatividad favorece el civismo, el interés por los asuntos de interés común y refuerza el capital social en una comunidad política.

La diferencia entre las libertades de reunión y asociación consiste en la duración de los efectos de una y otra. Si la libertad de reunión produce efectos al momento que las personas la ejercen en un lugar y tiempo determinado, la libertad de asociación goza de una temporalidad extendida, pues estamos ante una persona jurídica distinta a los miembros que la componen. Sobre la diferencia entre el régimen jurídico de «las asociaciones en general» y de «ciertas asociaciones en particular», el artículo 16 de la Convención Americana se refiere a la primera. Otro tipo de asociaciones con efectos y alcances diferentes descubrimos en aquéllas que operan como partidos políticos, órdenes religiosas y colegios profesionales, por ejemplo.

El ejercicio de la libertad de asociación se encuentra contenida tanto la libertad de ingresar como salir de ella cuando lo estime conveniente, no reviste una condición de permanencia obligatoria para ingresar o dejar de pertenecer a una persona jurídica, salvo que se trate de una obligación directamente establecida por la Constitución. Es el caso de la pertenencia a un colegio para poder ejercer una profesión, como el Colegio de Abogados, por ejemplo. Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948 en su artículo 20.2, establece «[n]adie puede ser obligado a pertenecer a una asociación». A modo de resumen, la libertad de asociación comprende la libertad de asociarse, crear asociaciones sin autorización previa, a no ser obligado para integrarla o permanecer en ella. Su organización interna y funcionamiento deben ser pluralistas. Serán nulos todo pacto, disposición estatutaria y acuerdos que desconozcan aspectos que forman parte del contenido a la libertad de asociación. Las

entidades públicas ejercitan el derecho de asociación entre sí o junto con particulares siempre en igualdad de condiciones que evite cualquier posición de dominio. Son ilegales las asociaciones que persiguen fines o usen medios tipificados como un delito³⁸.

IV. Los derechos humanos vinculados a la participación política

Si los derechos civiles facultan a la persona humana para realizarse en una sociedad libre, a través de los derechos políticos participan en los procesos electorales en una comunidad política. Nos ocuparemos de abordar el contenido del derecho de participación política, la nacionalidad, asilo y el derecho internacional humanitario.

A) El derecho de participación política

El derecho participación política, como bien humano fundamental, aparece reconocido en las constituciones y los instrumentos internacionales de protección a los derechos y libertades. Por citar dos ejemplos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹. Al Estado le compete generar condiciones favorables para realizar el derecho de participación en una comunidad política. Las reuniones públicas, manifestaciones convocadas en plazas, el sufragio universal, la actividad partidaria y su democracia interna, la elección de altas autoridades, todas ellas son manifestaciones de la participación que sirven para medir el desarrollo de una comunidad política. En consecuencia, el Estado no puede declarar estas actividades como ilícitas y prohibirlas, tampoco obstaculizarlas, debiendo diferenciar aquéllas que amenacen o afectan la integridad personal o los bienes públicos y privados porque no forman parte de su contenido constitucional protegido.

El derecho a la participación política es la facultad de los ciudadanos para realizar un conjunto de actividades reconocidas por el ordenamiento internacional y constitucional en una comunidad política. Las actividades expresamente reconocidas son el derecho el sufragio activo en elecciones periódicas, libres, transparentes y condiciones de igualdad, universalidad y que sea un voto secreto. La formación de partidos políticos como asociaciones organizadas bajo democracia interna tienen como objetivo alcanzar el ejercicio de poder cumpliendo las disposiciones constitucionales

38. Véase, CARBONEL SÁNCHEZ, Miguel: Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana" en *Pensamiento Constitucional*, Año XV, N°15, pp. 12-15.

39. Véase el literal "a" artículo 23 de la Convención y literal "a" del Artículo 25 del pacto.

y legales. El derecho de reunión y formación de sus militantes, así como su participación en comicios, forman parte del derecho de participación política como un bien humano identificable en cualquier democracia moderna. La mayoría de libertades que configuran el derecho participación política están dirigidas a garantizarse en condiciones adecuadas. La igualdad de oportunidades sólo admite restricciones con relación a la edad y al pleno ejercicio de los derechos civiles de los candidatos y votantes para poder participar en una contienda democrática. En ese sentido, no caben actos de discriminación social o política a través de normas que exijan un determinado sexo, género, origen, condición económica y social de los candidatos.

El propósito de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) declara promover y consolidar la democracia representativa, así como el respeto al principio de no intervención. En consecuencia, la vida en una comunidad política comprende a la democracia como un derecho pues, a través de ella, los derechos humanos se desarrollan plenamente⁴⁰. La razón que fundamenta esta afirmación se sustenta en una cláusula electoral, pues, la participación de los ciudadanos en la cosa pública no queda reducida a la vocación y actividad política en una democracia representativa. La democracia demanda el concurso de otros elementos para realizarla en una comunidad política. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que los derechos, las libertades, sus garantías y el Estado de Derecho son conceptos interdependientes⁴¹.

La cláusula electoral reconocida en la Convención Americana brinda contenido al derecho de participación⁴², el cual demanda a su vez el ejercicio del derecho al voto, a poder ser elegido y ejercer la función pública. Se trata de un deber del Estado propiciar las condiciones necesarias para la participación en la cosa pública y a través de una democracia representativa. En ese sentido, resulta importante considerar que el ejercicio de participación política no está exento de restricciones sino se observan los principios de legalidad, necesidad, igualdad, razonable y proporcional que debe exigir toda comunidad democrática⁴³.

40. En el mismo sentido, véase RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl; PALLARES YABUR, Pedro de Jesús: *Derechos Humanos*, Oxford University Press, Lima, 2011, p.242.

41. La Carta Democrática de la OEA establece en su artículo 3 que “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo: el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

42. Véase el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

43. Véase el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase además el caso *Yatama versus Nicaragua* (2005) resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B) El derecho de pertenecer a movimientos y partidos políticos

Los partidos políticos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular⁴⁴. Son los vehículos que concretan la expresión de una concepción individualista a una comunitaria para el ejercicio del principio de representación política. De este modo, los partidos políticos expresan un pluralismo organizado para discutir los problemas políticos, sociales y económicos en una comunidad política⁴⁵. Los partidos y movimientos políticos son el signo distintivo que proyecta la voluntad institucionalizada de la ciudadanía en el Parlamento⁴⁶. El ejercicio de las libertades de expresión e información forma la opinión y voluntad política para que los partidos, movimientos, sindicatos entre otros tipos de asociaciones puedan influir en una sociedad democrática⁴⁷.

C) El derecho al referéndum

El referéndum es la institución de democracia directa que invita a los ciudadanos para pronunciarse sobre los temas de naturaleza normativa que se le consultan para su aprobación o rechazo sin que otras instituciones intermedien en su decisión. La iniciativa parte de un porcentaje de los ciudadanos y cumpliendo unos requisitos para su realización.

Los límites para el ejercicio referéndum se encuentran establecidos en los principios y reglas constitucionales. En primer lugar, no es posible para aprobar normas que desconozcan derechos humanos sea en su contenido constitucionalidad, desconocer su titularidad universal o restringir su pleno ejercicio. En segundo lugar, tampoco cabe la consulta sobre normas de naturaleza tributaria y presupuestal, como tampoco los tratados suscritos y en vigor por tratarse de compromisos con la comunidad internacional. Finalmente, no pueden someterse a referéndum la aprobación de decretos legislativos, decretos de urgencia y el Reglamento del Congreso⁴⁸.

D) Derecho de revocatoria de autoridades

Es otra institución de democracia directa donde los ciudadanos pueden revertir el mandato otorgado tras una elección popular a los alcaldes y regidores, autori-

44. Véase el artículo 35 de la Constitución peruana.

45. Véase Exp. N°00003-2006-AI (FJ 30).

46. Véase Exp. N°00030-2005-AI (FJ 12-13).

47. Véase Exp. N°00905-2001-AA (FJ 13).

48. Véase como ejemplo el artículo 32 de la Constitución peruana de 1993.

dades regionales y jueces de paz provenientes de elección popular para separarlos del cargo⁴⁹. En la legislación peruana, por ejemplo, la revocatoria no podrá plantearse durante el primer ni último año del mandato de la autoridad salvo se trate de jueces de paz electos por elección popular. Para que la solicitud proceda debe acompañarse de un número de firmas equivalente al menos al 25% del número de electores de su circunscripción electoral, siempre que no suponga más de cuatrocientas mil firmas ciudadanas. Se presenta ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) de la circunscripción electoral que corresponda⁵⁰. El Jurado Nacional de Elecciones (JNE) convoca a consulta electoral que deberá efectuarse dentro de los noventa días siguientes de su formal solicitud⁵¹.

La Constitución venezolana de 1999 también reconoce la revocatoria todas los cargos y magistraturas de elección popular⁵². Una disposición formal difícilmente aplicable en un espacio donde impera un déficit en el Estado de Derecho, el pluralismo político y la alternancia democrática. Es una revocatoria que se promociona como un instrumento de las democracias avanzadas; no obstante, deviene en un mecanismo perverso que los opositores políticos emplean contra las autoridades electas o ilusorio medio para pretender poner revocar un jefe de Estado cuyo gobierno ha copado las instituciones políticas, incluyendo las electorales y las fuerzas armadas.

E) El derecho a la nacionalidad y asilo

49. Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 160-169.

50. La ONPE es el órgano constitucional autónomo que, en el marco del sistema electoral peruano, se ocupa de la organización de los distintos procesos electorales en el Perú. Su director es nombrado por concurso público por la Junta Nacional de Justicia. Una competencia extraordinaria asignada a esta institución que ordinariamente se ocupada del proceso de nombramiento y ratificación de jueces y fiscales, véanse los artículos 150 a 157 de la Constitución peruana de 1993.

51. Véanse los artículos 20, 21 y 22 de la Ley N°26300, ley de participación y control ciudadanos. Cabe añadir que el JNE es el órgano constitucional autónomo que encabeza el sistema electoral peruano administrando justicia electoral; véanse además los artículos 176 a 187 de la Constitución peruana de 1993.

52. Véase el artículo 72 de la Constitución venezolana de 1999 que establece que “[t]odos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley (...)”.

Si la persona pierde la nacionalidad deja de ser ciudadano y pone en riesgo la efectiva protección estatal que garantiza sus derechos fundamentales⁵³. En consecuencia, el derecho de asilo es la facultad para adquirir, cambiar o mantener una nacionalidad. La competencia estatal para otorgar la nacionalidad no es absoluta y, además, toda comunidad política debe observar y respetar los derechos humanos al momento de conceder como retirarla. La condición de apátrida es la situación de una persona que carece de nacionalidad. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) calcula por lo menos 12 millones personas alrededor del mundo bajo esa condición.

La Declaración Universal de Derechos Humanos se declara que toda persona goza con todos los derechos para su plena realización humana. Los estados miembros deben evitar la condición de apátrida por causa de pérdida o privación de la nacionalidad, en razón que pueden ser víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales o tener dificultades para ejercer un conjunto de derechos básicos (educación, salud, trabajo, libertad de tránsito, entre otras). Para evitarlo, los Estados pueden conceder la nacionalidad para evitar la condición de apátrida siempre que uno de sus progenitores sea ciudadano del Estado que decida concederla.

Los requisitos que la persona debe cumplir para obtener una nacionalidad expresan un sentido de pertenencia de un grupo humano en una comunidad política. Por eso, la nacionalidad es el vínculo jurídico de una persona con su comunidad política (Estado) y su ordenamiento constitucional. Todo nacional cuenta con el libre acceso a los servicios públicos de salud, educación, justicia, entre otros, así como el deber de pagar impuestos y respetar el Estado de Derecho⁵⁴. La nacionalidad otorgada a una persona se adquiere de varios modos:

1. La adquisición por nacimiento o nacionalidad de origen. En la mayoría de países, los nacidos en un territorio tienen la nacionalidad del Estado que corresponda (*ius soli*).

53. Véase ARENDT, Hanna: "The Perplexities of the Rights of Man" en *The Portable Hannah Arendt*, Penguin, Nueva York, 2000, pp. 32-34.

54. "Durante la Segunda Guerra Mundial, la negación de la nacionalidad conllevaba la imposibilidad de defender la personalidad jurídica ante el Estado y las consecuencias violaciones de sus derechos humanos"; cfr. RAMÍREZ GARCÍA; PALLARES YABUR: *Derechos Humanos...*, p.257.

2. La adquisición por la nacionalidad que los hijos reciben de sus padres o descendientes naturales (*ius sanguinis*).
3. La adquisición por opción. Se trata de un beneficio otorgado a extranjeros que cumplen ciertas condiciones (años de residencia, identificación e integración en una comunidad político). Otros casos es la nacionalidad por opción los hijos de personas naturales nacidas en el extranjero.
4. La adquisición por naturalización. Se puede conceder a los extranjeros con residencia en el país durante el término establecido por las leyes, también a los cónyuges o a los padres extranjeros.
5. La adquisición por residencia una vez transcurrido un lapso determinado de residencia legal en una comunidad política.
6. La adquisición por carta de naturaleza que puede otorgar el Estado de modo excepcional.
7. La adquisición por condición de doble nacionalidad. En las comunidades políticas que formaron parte de otro Estado, los países que cuentan con una gran inmigración de ciudadanos extranjeros donde se reconoce el *ius sanguinis* derecho de sangre, como es el caso en los países iberoamericanos o sefardíes en territorio español, los tratados internacionales y las constituciones reconocen la doble nacionalidad sin renunciar la propia. Se debe tener presente que existen comunidades políticas donde la nacionalidad de origen es irrenunciable. En ese sentido, la persona que gestiona y obtenga otra nacionalidad no perderá la de origen.
8. La adquisición de la nacionalidad por las personas jurídicas se posee en el territorio donde fueron constituidas.

El asilo es un derecho, pero también una obligación para las comunidades políticas. Es la institución de protección que otorga un Estado a las personas cuando en el ejercicio de sus derechos fundamentales se encuentran bajo amenaza por persecución o violencia. Es un derecho reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollado en la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. Toda persona tiene derecho a buscar protección fuera de su país o residencia cuando un conflicto armado pone su vida en peligro, ya sea por una amenaza cierta e inminente, o ser perseguidos por su origen, creencia religiosa, nacionalidad, libre expresión o su pertenencia a un grupo social.

Los migrantes son personas necesitadas de atención por la especial condición de vulnerabilidad para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, en compa-

ración con los nacionales o personas residentes en una comunidad política. En ese sentido, los estados se encuentran con la obligación de velar la universalidad de los derechos humanos y brindarles tanto asistencia como una debida protección. En la actualidad se estima más de 82 millones de personas bajo condición de asilo, entre ellas 26,4 millones se encuentran refugiadas en otros países, por lo general en los estados vecinos. El principio de “no devolución” del derecho internacional impide que los estados expulsen o devuelvan a una persona del territorio de cualquier país, cuando su vida o libertades se encuentren amenazadas o vulneradas.

F) El derecho internacional humanitario

Los derechos humanos no se suspenden bajo ninguna circunstancia, incluso en tiempos de guerra ni bajo regímenes de excepción. Por eso, en el marco de los Derechos Civiles y Políticos, resulta importante dedicar tiempo para justificar la finalidad del derecho internacional humanitario. Un derecho que surge a partir de la solidaridad humana bajo cualquier circunstancia. Los conflictos armados internacionales son ilícitos para el derecho internacional; sin embargo, el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya son los instrumentos que todavía conservan lo que se conocía como “derecho de la guerra”; es decir, los acuerdos internacionales que tienen la finalidad que durante un conflicto armado respete la vida e integridad de la persona humana mediante prohibiciones que buscan proteger a las víctimas en una zona bajo conflicto. Las normas que las conforman son parte del llamado derecho internacional humanitario. Es una parte integrante del derecho internacional público conocida como derecho de la guerra, compuesto por el cuerpo de normas de origen convencional o consuetudinario, aplicado a los conflictos armados para limitar a las partes sobre los métodos y medios a utilizar durante la guerra, así como proteger a las personas y bienes que pueden estar afectados durante el conflicto armado.

El reconocido movimiento internacional de la Cruz Roja desempeña un proceso especial de desarrollo⁵⁵. Una institución fundada en Suiza por Henry Dunant en 1863. A partir de ese año, el Comité se ocupó de revisar las propuestas de Dunant sobre sus impresiones en calidad de testigo tras la Batalla de Solferino: (1) la ayuda prioritaria a las víctimas previendo y aliviando el sufrimiento de los soldados víctimas de la guerra y sin asistencia médica⁵⁶. (2) Declarar neutral a todo el personal sanitario de

55. Véase, <https://www.icrc.org/es/content/nace-el-movimiento-internacional-de-la-cruz-roja-y-de-la-media-luna-roja#.VMJpsUff-K8>.

56. Henry Dunant relató su experiencia en su libro titulado: *Recuerdo de Solferino*; véase en <https://volunteeringredcross.org/wp-content/uploads/2019/09/Un-recuerdo-de-Solferino-Henry-Dunant.pdf>.

los ejércitos mediante un signo distintivo para su actuación. (3) La creación en tiempos de paz de las sociedades voluntarios de socorro, origen o partida de nacimiento del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, fundadas a finales de 1863. De esta manera, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) opera en el terreno en favor de las víctimas de los conflictos armados y violencias internas en el mundo. La globalidad de la Institución hace que desempeñe una función de guardiana del derecho humanitario en los conflictos armados internacionales. Los principios fundamentales que la identifican son: humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad, universalidad⁵⁷.

En el año 1906 se completó el Convenio de 1864 con la finalidad de poder adaptarlo a los convenios de La Haya de 1899. Dos décadas después, con el final de la Primera Guerra Mundial se añadió un nuevo instrumento internacional para regular la condición de los prisioneros de guerra (1929). Las consecuencias y nueva sensibilidad surgidas tras el final de la Segunda Guerra Mundial produjo la urgencia de regular nuevas categorías de víctimas aprobándose los cuatro Convenios de Ginebra que conforman el derecho internacional humanitario vigente. En el primero se ocupa de la protección de heridos y enfermos durante un conflicto armado internacional en tierra. El segundo convenio versa sobre la debida protección a las personas heridas, enfermas y náufragos en caso de conflicto internacional marítimo. El tercer convenio regula el trato y condiciones a los prisioneros de guerra y, finalmente, el cuarto convenio establece la protección a civiles y extranjeros en los territorios ocupados y del Estado beligerante, respectivamente. En la actualidad son alrededor de 156 los estados que forman parte en los cuatro convenios.

Un artículo en común para los cuatro Convenios de Ginebra permite ampliar su aplicación más allá de las circunstancias surgidas por el conflicto armado internacional, con la finalidad que los principios fundamentales del derecho humanitario también sean de aplicación para los casos de conflicto armado no internacional que resultaron siendo más frecuentes.

La necesidad de seguir completando los convenios de Ginebra se produjo el año 1974. Una Conferencia Diplomática convocada por el Gobierno Suizo elaboró sendos instrumentos para ser añadidos a los Convenios de Ginebra siendo aprobados en 1977. Se trata de los Protocolos Adicionales I y II. El primero completa y desarrolla

57. Los principios de la Cruz Roja y la Media Luna Roja son la expresión de una sensibilidad respecto a la dignidad de la persona y su protección en contextos de conflicto armado, véase, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/22995.pdf>

los convenios para conflicto armado internacional. En el segundo se completan las reglas aplicables en caso de conflicto armado no internacional.

La Conferencia de Derechos Humanos convocada por las Naciones Unidas (Teherán 1968) fue provechosa para establecer las relaciones entre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Las tesis que abordan su grado de relación son tres:

1. La tesis integradora que promueve la unidad del derecho internacional humanitario con la protección a los derechos humanos.
2. La tesis de la separación considera que se tratan de dos ramas diferentes que de unirse producirían una confusión. Y,
3. La tesis complemento reconoce que ambas ramas son distintas, pero ambas comparten el respeto de la dignidad humana.

Si el derecho internacional humanitario rige bajo circunstancias excepcionales, cuando se produce una crisis del orden internacional, los derechos humanos no se dejan de aplicar y sólo pueden restringirse de modo más fuerte y temporal durante un estado o régimen de excepción decretado por el gobierno. Por otro lado, dispone de una regulación más detallada que los derechos humanos cuando se trata de proteger a las personas en situaciones de conflicto armado. Un ejemplo son las disposiciones que rigen la debida conducción de un combate en el mar. Por ese motivo, la comunidad internacional ha constituido tribunales internacionales para el juzgamiento de crímenes producidos durante la guerra. Nos referimos a la Corte Penal Internacional que tiene la competencia para conocer los casos de graves violaciones contra el derecho humanitario⁵⁸.

Finalmente, el derecho humanitario también está compuesto por normas consuetudinarias confirmadas por los tratados y otras costumbres que fueron aceptadas por la comunidad internacional que, juntos con los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y dos protocolos adicionales, conforman un *corpus iuris* complementado por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño en conflictos armados. El Tratado de Otawa que regula el tema sobre el uso de minas antipersonales (1999), la Convención sobre el uso de armas bacteriológicas (1997) y la Convención de la Haya y sus protocolos adicionales para la protección de los bienes culturales en riesgo bajo un estado de guerra (1954).

58. Véanse los artículos 5 y 6 del Estatuto de Roma de 1998.

La determinación del derecho con sustento constitucional directo⁵⁹

Los derechos humanos son bienes debidos a la persona que se comprenden como un conjunto de exigencias de justicia formuladas para su plena realización, los cuales se convierten en intereses materiales de naturaleza indisponible. En ese sentido, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental es la naturaleza y razón misma del derecho reconocido en la propia Constitución; en otras palabras, se trata de la esencia del derecho que viene a ser el bien humano que se ha reconocido, que se desea proteger y no otro derecho distinto⁶⁰. En ese sentido, la aplicación y desarrollo del derecho procesal constitucional como institutos sencillos y rápidos para la protección rápida y efectiva de los derechos fundamentales dio lugar a un ejercicio un tanto abusivo que condujo a la “amparización” de los procesos ordinarios. La razón era que en todo conflicto o litis jurídica subyace la afectación a uno o más derechos y libertades. Al respecto, la aprobación del Código Procesal Constitucional peruano dispuso el sustento constitucional directo para la procedencia de las garantías constitucionales.

I. El constitucionalismo como promotor de las libertades en un sistema jurídico

Los sistemas de jurisdicción constitucional en Iberoamérica, sean modelos difusos y ejercido por la judicatura o concentrados en un órgano autónomo y especializado, realizan un ejercicio intelectual valiéndose de unos principios de interpretación ajustados a la naturaleza de la Constitución. La aplicación de los principios de unidad, supremacía, aplicabilidad directa, corrección funcional y favor libertatis nos distancian de una visión positivista de mecánica aplicación. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano precisa que “(...) si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el

59. Una versión anterior fue publicada en Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tomo 37, enero 2011, pp. 209-215.

60. Véase, CASTILLO CÓRDOVA, Luis: ¿Qué protege el amparo, contenido constitucional o contenido constitucionalmente protegido?” en Revista Jurídica del Perú, 1(25), 2013, pp. 5-12.

contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y el proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales”. Ello implica que el Tribunal, pero también los jueces constitucionales, deben interpretar y otorgar contenido a las instituciones procesales a partir de una dimensión constitucional sustantiva –y no sólo adjetiva–, incluso de aquellas disposiciones que establecen los presupuestos procesales para la interposición de una demanda”⁶¹.

La cita del párrafo anterior inspira la redacción de este capítulo para conocer las precisiones que el Tribunal Constitucional realiza en torno a la necesidad de identificar el sustento constitucional directo para la protección procesal de los derechos fundamentales. Para el constitucionalismo, los códigos están para el servicio de los derechos humanos y no a la inversa, un criterio que debe ser válido para todo el sistema jurídico en un Estado Democrático de Derecho.

Los procesos constitucionales de la libertad demandan que los hechos y petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. El derecho procesal constitucional no tutela todo tipo de derechos sino aquéllos que sean fundamentales para la realización de la persona humana. Los derechos que carecen de jerarquía constitucional, los que surgen por mandato de las leyes, las fuentes de las obligaciones, el derecho administrativo entre otros, o que signifique su imposibilidad para ser garantizados judicialmente, carecerían de protección pues para ello existen los procesos ordinarios⁶². En esos casos, los procesos constitucionales serán la vía idónea cuando no “[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)”.

La persona humana es el centro del Derecho, por tanto, tiene primacía y las disposiciones legales deben presumir las libertades que le permitan actuar y realizarse como persona individual y social; precisamente, el derecho constitucional buscará proteger jurídicamente esta cualidad en cualquier norma, resolución judicial o administrativa, en algún acto arbitrario cometido por cualquier depositario del poder público, o cualquier privado, gracias al principio de interpretación *favor libertatis* o *pro homine*,

⁶¹ Cfr. Exp. N° 07888-2006-AA (FJ 2).

⁶² Véase, SAR, Omar: “Breve mirada a las causales de improcedencia en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional” en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Volumen 7, 2006, p. 56.

para evitar zonas exentas de control de la constitucionalidad, donde la Judicatura, el Tribunal Constitucional y los órganos de protección supranacional de derechos humanos están llamados a ser los principales garantes del Estado de Derecho.

II. El contenido constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El “contenido esencial de los derechos” es un concepto que nace en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y que la Constitución española de 1978 recogió en su artículo 53.1 cuando se afirma que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos “han de respetar en todo caso su contenido esencial”⁶³. Una expresión que ha recibido críticas, las más recientes consideran que se trata de un concepto desafortunado; pues, lo propio y más correcto es hacer mención al contenido constitucional, o constitucionalmente protegido si lo prefieren, ya que, si no tenemos cuidado, puede dar lugar a dudosas interpretaciones en detrimento de los derechos humanos.

La determinación del contenido esencial de los derechos humanos en la jurisprudencia ha dado nacimiento de dos teorías, la primera es la llamada teoría absoluta y relativa, y la segunda es la conocida como subjetiva y objetiva que, tanto una como la otra, contienen serios cuestionamientos como tendremos oportunidad de explicar más adelante.

La teoría absoluta parte de la idea que todo derecho humano posee un núcleo intangible para el legislador, dentro del cual no puede interferir, es decir, es una zona vedada para la restricción del derecho que se intente a nivel legislativo. En ese sentido, dado que nos encontramos ante un núcleo cuyo contenido puede determinarse y

63. Sobre las teorías absoluta y relativa el profesor Francisco Rubio Llorente nos dice que “[l]a doctrina del Tribunal Constitucional respecto de esta oscura noción ha evolucionado con el tiempo desde lo que cabría llamar una concepción dura a otra más blanda o, para utilizar expresiones habituales en la doctrina alemana, enfrentada desde hace más tiempo con el problema, que tiene allí su origen, desde una concepción “absoluta” a otra “relativa” (o “relativista”) del contenido esencial. De acuerdo con la primera de ellas, los derechos fundamentales tendrían una estructura análoga en cierto sentido a la de ciertas frutas: un núcleo duro, impenetrable, rodeado de una sustancia más bien blanda, de la que cabe separar trozos o capas sucesivas. De acuerdo con la segunda, la estructura del derecho es homogénea; no hay dentro de ella, como en la anterior, dos partes diferenciadas, sólo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configuradora de éste vienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente este y los restantes derechos (eventualmente, también, con otras finalidades constitucionalmente protegidas)”; cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco: “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio*, Vol II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, p. 1340; sobre las teorías absoluta y relativa también véase CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías, número nueve, Lima, 2004, pp. 85-96.

que llamamos “esencial”; *contrario sensu*, el contenido “no esencial” equivaldría precisamente a aquella parte del derecho que está fuera de ese contenido, o núcleo, y que en consecuencia sí es posible la intervención del legislador para regular su ejercicio y restringirlo si eventualmente le fuere preciso.

La teoría relativa en cambio consiste en concebir que los derechos carecen de un núcleo al cual el legislador no puede acceder, sino más bien a que todos los derechos son una unidad carente de zonas especiales, o nucleares, y que más bien el legislador puede regular su ejercicio y establecer restricciones⁶⁴.

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, optó por la teoría absoluta, sosteniendo que “constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizando”. El mismo Tribunal nos dice que “hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”⁶⁵.

Pese a que la teoría absoluta fue reiterada en más de una oportunidad⁶⁶, el Tribunal Constitucional español se empieza a inclinar hacia una concepción más

64. Sobre las teorías absoluta y relativa el profesor Francisco Rubio Llorente nos dice que “[l]a doctrina del Tribunal Constitucional respecto de esta oscura noción ha evolucionado con el tiempo desde lo que cabría llamar una concepción dura a otra más blanda o, para utilizar expresiones habituales en la doctrina alemana, enfrentada desde hace más tiempo con el problema, que tiene allí su origen, desde una concepción “absoluta” a otra “relativa” (o “relativista”) del contenido esencial. De acuerdo con la primera de ellas, los derechos fundamentales tendrían una estructura análoga en cierto sentido a la de ciertas frutas: un núcleo duro, impenetrable, rodeado de una sustancia más bien blanda, de la que cabe separar trozos o capas sucesivas. De acuerdo con la segunda, la estructura del derecho es homogénea; no hay dentro de ella, como en la anterior, dos partes diferenciadas, sólo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configuradora de éste vienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente este y los restantes derechos (eventualmente, también, con otras finalidades constitucionalmente protegidas)”; cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco: “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio*, Vol II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, p. 1340; sobre las teorías absoluta y relativa también véase CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías, número nueve, Lima, 2004, pp. 85-96

65. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) N° 11/81 del 8 de abril de 1981.

66. Véanse por ejemplo las sentencias STC 13/84, de 3 de febrero de 1984, y STC 196/87 de 11 de diciembre de 1987.

bien de carácter relativo, en la que la definición del contenido esencial no puede realizarse en abstracto sino más bien como resultado de un proceso, es decir, como producto de un concreto caso judicial. El Tribunal español afirma en relación con el derecho al acceso a los cargos y funciones públicas, que este derecho “se impone en su contenido esencial al legislador, de tal manera que no podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad no se ordenen a un fin legítimo y en término proporcionados a dicha finalidad”⁶⁷.

Como mencionamos, la segunda teoría que intenta definir el contenido constitucional es la llamada subjetiva y objetiva, según se tenga en cuenta el objeto protegido por la garantía del contenido constitucional de los derechos. La primera de las teorías propone que el objeto de protección del contenido esencial recae sólo en su ámbito individual (conocido como de libertad), es decir, se trata del derecho fundamental subjetivo de cada persona con sus propias facultades de actuación. La teoría objetiva, en cambio, propone solamente la dimensión institucional de los derechos humanos, en otras palabras, que no podrá existir inconstitucionalidad en la actuación del poder público si deja a salvo el derecho fundamental considerado como institución, aunque suponga el desconocimiento total del derecho fundamental individual. No obstante, una adecuada interpretación nos lleva a concluir que todo derecho humano conlleva una dimensión tanto subjetiva como objetiva, dado que no es posible reconocer un ámbito natural de la persona en desmedro del otro⁶⁸.

En el Derecho peruano, la primera vez que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hizo referencia al contenido de los derechos fundamentales fue a través de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N°26637 que modificó la administración del vaso de leche. En esa oportunidad, el máximo garante de los derechos y libertades sostuvo, con relación al derecho de toda persona para asociarse y constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, que se trata de “una organización protegida por la Constitución que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija

67. Cfr. STC 71/94 de 3 de marzo de 1994.

68. Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra editores, Lima, 2007, pp. 225-226; véase, además, CIANCIARDO, Juan: *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, AD-HOC, Buenos Aires, 2007, pp. 257-259.

más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”⁶⁹.

Como mencionamos anteriormente, las teorías absoluta y relativa, como subjetiva y objetiva, han sufrido serios cuestionamientos en la doctrina contemporánea pese a que las resoluciones de más de un tribunal constitucional han optado ya sea por una, u otra, al momento de conocer y argumentar una decisión en torno a la protección de un derecho fundamental; sin embargo, pese a su gran difusión, especialmente de la teoría absoluta, compartimos los tres cuestionamientos que se hacen en torno a ellas.

En primer lugar, no es posible que se pretenda atribuirle al parlamento o gobierno la posibilidad de poder limitar mediante normas los derechos fundamentales dado que, precisamente, son ellos los que deben estar limitados por la constitución y no realizar actos más allá de las funciones expresamente atribuidas. En segundo lugar y atendiendo al principio de unidad que debe informar a los operadores judiciales al momento de interpretar la constitución, tampoco es posible otorgar en los hechos una mayor importancia, o jerarquía, a unos derechos frente a otros en la misma constitución; lo cual equivale a pensar que una carta magna admite la posibilidad de contener disposiciones contradictorias, imposibles de armonizar, y que se encuentran en el texto simplemente porque el papel “lo aguanta todo”. Finalmente, en tercer lugar, debemos tener en cuenta que el carácter normativo de la constitución hace posible que sus disposiciones no sean retóricas, sino que vinculen a sus destinatarios; por eso, no es posible que unas partes de la carta magna se cumplan en desmedro de las restantes que gozan del mismo efecto jurídico y que, por tanto, también deben de ser aplicadas⁷⁰.

Finalmente, también debemos destacar que el contenido constitucional de un derecho no puede determinarse a priori, sino producto del análisis jurídico de un caso concreto. Una tarea jurisprudencial que en la jurisdicción interna el Tribunal Constitucional sería su última instancia.

69. Véase el Exp. N°0004-1996-AI/TC. De acuerdo con el profesor Luis Castillo la primera vez que el Tribunal Constitucional peruano se manifestó sobre el contenido de un derecho fue gracias a un voto singular en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 36 congresistas contra la Ley 26592; la cual reformaba la Ley N°26300 disponiendo que para la procedencia del referéndum, “se requería de una iniciativa legislativa popular que habiendo sido rechazada por el Congreso, haya obtenido al menos 48 votos a favor. La cuestión a dilucidar consistió si la exigencia previa de intervención del Parlamento con 48 votos suponía o no la ‘la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habersele desnaturalizado, y en consecuencia –aunque no se diga expresamente así– haberse afectado su *contenido esencial*”; cfr. CASTILLO CÓRDOVA: *Los derechos constitucionales...*, pp. 248-250.

70. En ese sentido véase el trabajo del profesor Luis Castillo en CASTILLO CÓRDOVA: *Los derechos constitucionales...*, pp. 259-263.

III. El sustento constitucional directo del derecho fundamental

La exigencia de sustento constitucional directo para la protección de los derechos fundamentales reposa en los procesos constitucionales. Las garantías constitucionales en el derecho comparado como el habeas corpus, habeas data y amparo son las instituciones más conocidas en la región⁷¹. El requerimiento a una clara afectación al sustento constitucional directo de un derecho fundamental alude a prevenir la desnaturalización de los procesos de garantía constitucional, es decir, impedir que se convierta en el único camino para la defensa y protección de los derechos humanos, cuando sólo debería emplearse cuando se encuentran en directo riesgo de ser amenazados o conculcados de forma arbitraria⁷². No debemos olvidar lo que establece la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el acuerdo internacional que favoreció la difusión del amparo en las constituciones iberoamericanas, su artículo 25 nos dice que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En ese sentido, ¿cuáles son los criterios de interpretación que el Tribunal Constitucional dispone que judicialmente se deben tener presentes para no ser declarados como procesos constitucionales improcedentes?

71. Véase, en el mismo sentido CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 220-221.

72. El Tribunal Constitucional peruano ha dicho al respecto que “(...) el uso de los procesos constitucionales, particularmente el amparo, muchas veces ha devenido en abuso, como consecuencia de la maliciosa praxis procesal de algunos abogados. A ello ha contribuido también que el procedimiento concursal se vea perturbado o paralizado por la decisión arbitraria de un juez, como consecuencia de la interposición indebida de una demanda de amparo, por ejemplo. Sin embargo, entre la necesidad de salvaguardar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales en el marco de los procedimientos concursales, y el deber del Estado de garantizar una salida ordenada del mercado de los agentes económicos que, por múltiples razones, ya no pueden permanecer en él, es que se hace necesario interpretar que cuando se trate de resoluciones provenientes de un tribunal administrativo, en el marco de los procedimientos concursales, dichos cuestionamientos sean conocidos, en primer grado, por la Sala Superior Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia y, en segundo grado, por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ello no exime, como es obvio, a la Sala Superior correspondiente de evaluar, previamente, el cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos principalmente en el artículo 7º.1 del actual Código Procesal Constitucional”; cfr. Exp. N° 01889-2008-AA (FJ 6,7).

A) La determinación del sustento constitucional directo en el proceso de habeas corpus.

Con relación al proceso de habeas corpus los jueces deben realizar una interpretación que consta de tres pasos:

1. Se debe identificar el derecho o derechos fundamentales susceptibles de tutela por el proceso de habeas corpus.

El juez debe identificar los derechos fundamentales que podrían verse afectados por los actos arbitrarios. En esta tarea los jueces, dejando de lado interpretaciones de carácter formal y literal, deben dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos y bienes constitucionales que, si bien no han sido mencionados en la demanda, son identificables desde los hechos contenidos, además de la conexidad entre lo que alega el demandante y los otros derechos fundamentales cuya vulneración se pueden desprender de la demanda⁷³.

2. Se debe identificar la pretensión del demandante

Los jueces deben realizar un examen que se circunscribirá a la revisión de la demanda y los hechos, para poder identificar la pretensión del demandante. El juez debe ir más allá de lo expresado por el accionante y proceder al reconocimiento la pretensión vinculada con la afectación de derechos susceptibles de protección mediante el proceso de habeas corpus. En esta tarea, el límite se encuentra en la relación de conexidad que debe existir entre lo identificado por el juez y lo alegado por el demandante⁷⁴.

3. El deber de vincular la pretensión con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental susceptible de tutela por el proceso de habeas corpus.

Los jueces deben analizar si la pretensión del demandante protege alguno de los contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos fundamentales, especialmente del habeas corpus. Si la pretensión del demandante no busca protegerlo, la demanda debe ser declarada improcedente; en cambio, si busca proteger el contenido se habrá superado la primera etapa de evaluación sobre la procedencia de la demanda.

73. Véase, Exp. N° 05842-2006-HC (FJ 11).

74. Véase, Exp. N° 05842-2006-HC (FJ 11).

En una segunda etapa se confirmaría la vulneración del derecho a la libertad individual, o derecho conexo a ésta, mediante la actividad probatoria. Por eso, este último paso exige que el juez conozca antes cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho o derechos fundamentales que se presumen vulnerados⁷⁵.

B) La determinación del sustento constitucional directo en el proceso de amparo

La necesidad del sustento constitucional directo de la demanda de amparo, habeas corpus o habeas data para la protección de los derechos humanos constituye un presupuesto procesal obligatorio cuando se trata de identificar la materia que puede ser de conocimiento en los procesos constitucionales aludidos. En ese sentido, “(...) procesos como el amparo por la propia naturaleza del objeto a proteger sólo tutelan pretensiones que están relacionadas con el ámbito constitucional de un derecho fundamental susceptible de protección en un proceso constitucional”⁷⁶. Uno de los ejemplos de improcedencia de amparo son las pretensiones relacionadas con otro tipo de derechos, sea de origen legal o administrativas, que carezcan de fundamento o relevancia constitucional. Tampoco pueden ser conocidas en un proceso de amparo las pretensiones que pese a guardar relación con el contenido de un derecho fundamental, no son susceptibles de protección en un proceso constitucional sino en uno ordinario; es así que no se puede interponer un amparo contra una resolución judicial si la pretensión persigue una nueva valoración de la prueba o la determinación de la validez de un contrato.

En la sentencia del Tribunal Constitucional peruano (Exp. N°00228-2009-PA/TC) que resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 142-144, de fecha 17 de septiembre de 2008, en la que se declaró improcedente la demanda de autos, el máximo intérprete consideró que al momento de determinar la procedencia de la demanda de amparo, en la fase de admisión, y en mérito a la causal establecida en el artículo 7, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, consideró necesario tener en cuenta los siguientes supuestos:

1. Si el supuesto de hecho alegado no ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser declarada improcedente.

75. Véase, Exp. N° 05842-2006-HC (FJ 11).

76. Cfr. Exp. N° 03057-2007-AA, (FJ 3).

2. Si dentro del supuesto de hecho alegado ingresa el contenido constitucional del derecho fundamental invocado de modo manifiesto, la demanda debe ser admitida a trámite⁷⁷.

Con relación a los dos primeros supuestos, el sustento constitucional directo que debe evaluar el juez antes de declarar la procedencia de un proceso constitucional estará conformado por todas las facultades que ese derecho fundamental depara a su titular (dimensión subjetiva) y por todas las obligaciones de acción que el mismo juez estima que debe respetar el poder político con la finalidad de conseguir la vigencia plena y real del mismo derecho fundamental (dimensión objetiva)⁷⁸. Para conseguirlo, los jueces deben afirmar en sus fallos contra el Estado ese fuerte sentimiento que identificaba Stuart Mill en los ciudadanos libres “(...) para salir al paso de todo intento de control legal de los individuos, en cosas en las que hasta entonces no habían estado sujetas a él”⁷⁹.

Como sabemos, los derechos humanos cuentan con un contenido que vincula en su totalidad a cualquier manifestación del ejercicio del poder y muy especialmente al legislador. Nos estamos refiriendo a un contenido que se formula desde las disposiciones constitucionales, pero requiere de las concretas circunstancias para no sólo su definición sino también delimitación en el caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado contenido de un derecho fundamental⁸⁰.

¿Cuál es la herramienta que utilizará el Juez para determinar si la demanda tiene, o no, un sustento constitucional directo? No es otra que la delimitación del llamado contenido constitucional de un derecho fundamental, el cual empezaría a formularse desde la propia Carta Magna pues no existe el contenido de un derecho

77. “(...) por mandato expreso de la Norma Constitucional el proceso de amparo sólo protege derechos constitucionales; así el agravio debe afectar directamente el contenido esencial del derecho. Ello, porque no se debe extender la protección de los procesos constitucionales a situaciones que guardan relación indirecta con un derecho fundamental o que se deriven de él, pero que no constituyen un problema de constitucionalidad, toda vez que tienen su origen y fundamento en una norma de jerarquía legal (...)”; cfr. STC N°3773-2004-AA; véase el Exp. N° 03187-2008-AA FJ 3-5.

78. Véase, CASTILLO CÓRDOVA, Luis: Los derechos constitucionales. *Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 238.

79. Cfr. STUART MILL, John: *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p.64.

80. Véase, CASTILLO CÓRDOVA: *Los derechos constitucionales...*, pp. 231-232.

humano que pueda determinarse a priori. Si el punto de partida es la Constitución se deben considerar dos momentos. El primero de ellos, y más evidente, es recoger la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a delimitar; en segundo lugar el juez también deberá tomar en cuenta toda la normatividad constitucional que guarde relación con el derecho cuyo contenido se desea delimitar, siempre a la luz del principio de unidad que tiene como finalidad evitar cualquier contradicción interna, por eso el juez tendrá el deber de armonizar todas las disposiciones de la Carta Magna, tanto en su parte dogmática, como orgánica y entre ellas mismas⁸¹.

3) De otro lado, si el supuesto de hecho alegado ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede no llegar a estarlo luego de efectuarse un procedimiento de ponderación, la demanda debe ser admitida.

4) Finalmente, si el supuesto de hecho alegado no ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede llegar a estarlo luego de efectuarse el procedimiento de ponderación, la demanda igualmente debe ser admitida⁸².

En los supuestos restantes, si bien goza de claridad la redacción de la norma es evidente la inclinación del Tribunal Constitucional por las llamadas tesis conflictivistas, las cuales emplean una terminología que afecta el significado y naturaleza de los derechos humanos. La llamada jerarquización de derechos y la ponderación (*balancing test*) son tesis que parten del supuesto que los derechos humanos pueden entrar en conflicto unos con otros, por ejemplo, entre las clásicas libertades de información y el derecho de intimidad. La jerarquización es una técnica que consiste en resolver los casos constitucionales mediante la aplicación de una tabla escalonada con un orden de importancia de los derechos fundamentales sustentado por la Constitución. La ponderación también es una técnica para la resolución de casos, pero lo que se persigue es parcialmente distinto, se trata de encontrar el derecho que debe prevalecer con base a su mayor peso en el caso concreto, observando y deteniéndose tanto en los costos como los beneficios que su violación reportaría al momento de resolver el caso⁸³.

81. Véase CASTILLO CÓRDOVA: Los derechos constitucionales..., p. 238.

82. El Tribunal Constitucional agrega que "(...) sólo cuando, (...), el juez observe la manifiesta no inclusión de un supuesto de hecho en el contenido constitucional de un derecho fundamental, podrá declarar improcedente *in limine* la demanda, sin ingresar a discutir el fondo del asunto"; cfr. Exp. N°00228-2009-AA. (FJ 10).

83. Véase, CIANCIARDO, Juan: *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, AD-HOC, Buenos Aires, 2007, pp. 297-298.

El empleo de estas terminologías, jerarquización y ponderación, en el fondo nos haría pensar que las constituciones en la práctica prefieren unos derechos más que otros, que no todos poseen el mismo peso e importancia en un proceso judicial, que algunos se encuentran menos garantizados frente a otros y que la Constitución no es una norma vinculante, salvo para algunos derechos “privilegiados” en un caso concreto. Nos encontramos ante un error conceptual. Los derechos fundamentales derivan de la dignidad de persona humana, única e irrepetible, en la que por su naturaleza no caben contradicciones internas y, además, la llamada ponderación sólo debe referirse a las circunstancias que rodean el caso concreto y no a los derechos, como si pudiesen desecharse⁸⁴, o sacrificarse, sin ninguna afectación para la persona humana. Se trata de un error conceptual, pues pensar de este modo contradice la idea del contenido constitucional de los derechos humanos, la clave para comprender no es un presunto conflicto de derechos sino, como nos dice la doctrina, se trata de un conflicto de pretensiones que no es otra cosa que el ejercicio irregular de los mismos a cargo de una de las partes en un caso concreto.

Para los principios que inspiran el constitucionalismo, no se encuentra una justificación que permita a los legisladores establecer en las normas alguna lesión a los derechos humanos; ninguna institución que ejerza el poder público, como ningún privado, tiene licencia para restringir o lesionar derechos fundamentales. Naturalmente que es posible regular su ejercicio por medio de normas o sentencias y concretar su contenido constitucional, siempre abstracto y genérico, pero nunca se podrá afectarlos o sacrificarlos mediante un presunto conflicto de derechos, o ponderación de ellos, para garantizar a su vez otro derecho constitucional dejando de lado al resto⁸⁵.

IV. El sustento constitucional directo para la procedencia de los procesos de garantía

La finalidad de las acciones de garantía es proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional; de este modo, la vía procesal ordinaria sólo podría con-

84. “En el plano jurídico práctico, si el hombre no fuese básicamente una unidad, y si no existiese un bien común, no se podría, aunque se estableciese dogmáticamente, interpretar como un sistema aquella parte de la Constitución que reconoce los derechos fundamentales, y algunas de sus disposiciones entrarían frecuentemente en contradicción con otras, con lo cual dejaría de ser normativa para convertirse en retórica, al menos parcialmente”; cfr. TOLLER, Fernando, SERNA, Pedro: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de Derechos*; La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 93.

85. Véase, CASTILLO CÓRDOVA: *Los derechos constitucionales...*, p. 233.

siderarse igualmente satisfactoria a una demanda de amparo en la medida que sea capaz de alcanzar esta misma finalidad. Por eso, si no fuere posible reponer las cosas al estado anterior del daño o amenaza del derecho por las vías procesales ordinarias, se entiende que no son igualmente satisfactorias y la demanda de amparo deberá proceder para la debida protección al derecho humano⁸⁶. El Tribunal también advierte que una aplicación inflexible de este criterio podría dar lugar a que, en algunos de estos casos, la protección de los derechos fundamentales devenga ineficaz; para evitarlo, la determinación del contenido constitucional del derecho en cada concreto será la clave para concluir que las vías procesales ordinarias no son igualmente satisfactorias que la interposición de una acción de garantía para reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho.

El contenido constitucional de un derecho es un concepto abierto, es decir, no es concluyente, fijo, pétreo, producto de la primera sentencia que fija su contenido; todo lo contrario, se trata de un concepto abierto que se enriquecerá gracias a las nuevas circunstancias. De este modo, la determinación del contenido constitucional es una tarea de puro Derecho de los jueces cuando realizan la justicia del caso concreto. Por eso, será un error pensar que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene un carácter cerrado y que puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario, el contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho fundamental que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos si de manera abstracta el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, para todos los casos judiciales, como tampoco el Tribunal Constitucional podría dejar de corregir una errónea interpretación, u omisión, del contenido constitucional derecho en un caso concreto en sede judicial.

Para concluir hemos de señalar que los jueces no pueden realizar una tarea mecánica dado que ningún caso judicial es igual a otro; por eso, en la medida que el trabajo del Tribunal cumple con su función de ser el último garante de los derechos en la jurisdicción nacional, se podrá enriquecer progresivamente las pautas de interpretación para descubrir el contenido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. No olvidemos que la determinación del contenido constitucional de

86. Véase el Exp. N° 00906-2009-PA/TC (F) 9).

los derechos no se realiza de modo alguno mediante un ejercicio semántico de lo que significan las palabras de la constitución sino más bien a partir de la naturaleza humana, y su dignidad única e inmutable, para la descubrir el contenido de los derechos fundamentales a través de cada caso judicial, pero siempre como un concepto de carácter abierto⁸⁷. Finalmente, no existen zonas de indefensión para la protección de los derechos y libertades. Si la defensa de los derechos en sede judicial ha sido incompleta, es decir, no se ha determinado correctamente el contenido del derecho cuando las leyes han protegido ámbitos que no están considerados en la Constitución, o el juez ordinario ha resuelto más allá de lo razonable y si el derecho afectado carece de desarrollo jurisprudencial; en esos casos, el deber de los miembros del máximo intérprete es brindar en el caso concreto los alcances jurídicos necesarios para la adecuada protección de los derechos y su contenido constitucional.

87. En el mismo sentido véase TOLLER, Fernando: "Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales...", en AA.VV: *La interpretación constitucional*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 1253.

Los derechos sociales en el marco iberoamericano⁸⁸

I. Nuestro punto de partida: ¿qué entiende el Tribunal Constitucional peruano por derechos sociales?

El Capítulo II del Título I de la Constitución regula los llamados derechos sociales y económicos. El término “económicos” alude que el cumplimiento de las prestaciones que se derivan de significativas sumas de dinero del presupuesto nacional. Para el Tribunal Constitucional, como máximo garante de los derechos humanos, los derechos sociales son aquellas “facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas con relación a otros por factores culturales, o que se encuentran en situación de desventaja por razones económico-sociales, es decir, con una posición o ubicación depreciada en sus estándares de vida, no acordes con la dignidad humana”⁸⁹.

De la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, entendemos que los derechos sociales reconocidos en la Carta Magna son tales por imponer al Estado la obligación de otorgar prestaciones tendentes al mejoramiento social⁹⁰. Es así que pueden entenderse en un doble sentido, objetivo y subjetivo. En sentido objetivo, se trata del conjunto de normas de rango constitucional con las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales; en cambio, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los ciudadanos y grupos a participar de un estado bienestar, lo que se significa gozar de determinados derechos y prestaciones, ya sea directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.

Cabe precisar que el catálogo de derechos de la Constitución peruana no hace distinción entre humanos, fundamentales y constitucionales⁹¹. En efecto, revisando el articulado de la Constitución observamos que las distintas denominaciones (dere-

88. Una primera versión se publicó en la *Revista Persona y Derecho*, Vol. 66, 2012, pp. 147-180.

89. Cfr. Exp. N°2945-2003-AA/TC (FJ 10).

90. En el mismo sentido véase, COSSÍO DÍAZ, José: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, p. 45.

91. En el mismo sentido, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico” en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 50, 2005, p. 15.

chos constitucionales, fundamentales y humanos) son utilizadas casi indistintamente por la Carta de 1993. Sin embargo, cuando se pretende realizar clasificar los derechos humanos, consideramos que lo más prudente es una visión más humanista, que no deberá centrarse en el momento histórico en que fueron conceptualizados (generaciones) sino más bien que tenga como centro al mismo destinatario de estos derechos: la persona humana. De esta manera, proponemos que tanto los derechos civiles y políticos responden a una concepción preponderantemente antropológica del ser humano entendido éste como existencia, mientras que los llamados derechos económicos, sociales, culturales así como los de solidaridad, responden más bien a su concepción más sociológica, ya que se trata del ser humano en relación con los demás, es decir como coexistencia de la persona humana en comunidad; pues la naturaleza humana no sólo es individual sino también social, como las dos caras de una misma moneda; consideramos que se trata de una clasificación más acorde con una teoría constitucional que tiene como centro a la persona⁹².

Una vez conocido el reconocimiento y significado que tienen los derechos sociales en Constitución de 1993 y su Tribunal Constitucional, nos ocuparemos de brindar los elementos necesarios para una aproximación al reconocimiento de los derechos sociales de la Carta peruana en el marco iberoamericano, deteniéndonos especialmente, pero sin mayor abundamiento, en las constituciones Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, España y México porque superarían las expectativas de este trabajo.

II. El catálogo de derechos y libertades en las constituciones iberoamericanas

Las constituciones iberoamericanas combinaron en un principio los derechos individuales procedentes de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), con la Carta de Derechos de la Constitución Norteamericana (1791)⁹³. En un solo catálogo se combinaron dos modelos distintos, pues la histórica Declaración francesa es un escrito para el mundo, más cercano a un documento filosófico y no judicialista de nacimiento para la protección y defensa de los derechos por los jueces; a diferencia del *Bill of Rights* estadounidense, sus diez primeras enmiendas (1791), cuya redacción contiene un mandato vinculante y, desde su enmienda por adición en la Constitución de 1787, debe ser observado, protegido y actualizado por

92. El planteamiento de esta clasificación aparece en HAKANSSON, Carlos: *El concepto del Patrimonio Común de la Humanidad*, tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho en la Universidad de Lima, Lima, 1994 (inédita).

93. La Carta de Derechos estadounidense, conocida como el *Bill of Rights*, está compuesta por las diez primeras enmiendas de la Constitución y fueron aprobadas en bloque en 1791.

los jueces de su Corte Suprema. Sobre este tema, las apreciaciones de Schur son ilustrativas cuando nos dice que para “los franceses, la Declaración (de los derechos humanos) es tan sólo una obra maestra de la oratoria, los artículos están ahí en su pureza abstracta, en el brillo de su majestad y del dominio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal puede usarlos para apoyar una pretensión o para fundar una decisión. Los franceses escriben para la enseñanza del mundo entero; los constituyentes americanos, en cambio, han redactado los artículos de sus declaraciones para la utilidad y el agrado de sus conciudadanos”⁹⁴.

La influencia francesa en la emancipación de las colonias españolas y en la creación de sus primeras instituciones independientes, llevo a los países iberoamericanos a abusar en el reconocimiento de derechos y libertades en la historia de sus textos constitucionales, pese a incorporar cláusulas inspiradas en la Constitución norteamericana, de manera casi literal.

La redacción de los derechos reconocidos en la Constitución argentina es semejante al *Bill of Rights* estadounidense porque declara los derechos reconocidos en grandes párrafos en lugar de su sólo enunciado. A diferencia del resto de constituciones iberoamericanas estudiadas, que son similares y que parecen inspiradas por un lado la Constitución española de 1978, y por otro, a los instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, su Protocolo Facultativo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales⁹⁵.

Al igual que la Constitución española de 1978, la peruana de 1993 empieza el capítulo de los derechos fundamentales, con el reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, su tratamiento es repetitivo, error del que adolece más de una constitución en Iberoamérica. En algunas constituciones iberoamericanas se reconocen derechos como «a la paz»⁹⁶ o «al desarrollo». La razón está probablemente en utilizar como fuente de inspiración los pactos, convenciones o declaraciones internacionales que tienen una naturaleza distinta, pues, son aspiraciones de la comunidad internacional⁹⁷.

94. Véase SCHNUR, Roman en KRIELE, Martin: *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 206.

95. Es más, la disposición final número cuarta establece que los derechos en la Constitución peruana se interpretarán conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos que haya ratificado el Estado peruano.

96. El derecho a la paz también se encuentra en la Constitución colombiana —artículo 22— pero de acuerdo con su artículo 85 no le reconoce aplicación directa ante los tribunales.

97. La paz, el desarrollo y el patrimonio común de la humanidad son conocidos como derechos de tercera generación por la comunidad internacional.

Un caso aparte es la nueva Constitución ecuatoriana que se aparta de una tradición surgida al final de la Segunda Guerra Mundial de encabezar los textos constitucionales con el reconocimiento de la dignidad humana sino más bien comienza declarando los elementos constitutivos del Estado; buscando resaltar su papel y poner en un segundo plano a la persona. Con relación a los derechos, el artículo 10 otorga la titularidad a varios entes diferentes a la persona humana; a la letra nos dice que “las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y los instrumentos internacionales”. También destacamos una categoría nueva, por decir lo menos, que son los llamados “derechos del buen vivir”, en los que se agrupan el derecho al agua, al seguro permanente, a los alimentos, la llamada soberanía alimentaria y al ambiente sano; nos preguntamos ¿cuáles son los derechos “del mal vivir”? En realidad, no existen, pues, como sabemos, los derechos tienen por definición un contenido que resulta bueno para la plena realización de la persona humana.

III. La presencia de los derechos sociales en las constituciones de Argentina, Chile, y México

Las constituciones iberoamericanas contemporáneas responden en su base conceptual a los planteamientos madre del constitucionalismo: separación de poderes, normas relativas al Estado de Derecho, derechos fundamentales y procedimiento de reforma, y también con la influencia europea continental; es decir, cartas político-organizativas, norma fundamental del ordenamiento jurídico, con lo necesario para tener una pequeña dosis liberal y el reconocimiento de derechos sociales, tribunal constitucional, régimen económico, defensor del pueblo, instituciones públicas con rango constitucional, etc.. Es en este contexto que la incorporación de los derechos sociales en las constituciones modernas supuso una transformación en el significado de una constitución.

La presencia de un catálogo de derechos sociales en las constituciones es distinta de los derechos civiles y políticos, porque los primeros exigen una actuación positiva por parte del Estado, a diferencia de la libertad, la igualdad, y la propiedad que demandan una actitud contraria, una abstención a interferir en la esfera de libertad de las personas. Por otro lado, la finalidad de una declaración de derechos sociales en una constitución es hacer efectiva la igualdad material del constitucionalismo clásico para así mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Los llamados derechos sociales aparecen gracias a la influencia de las constituciones mexicana de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919⁹⁸. En el Perú se empiezan a reconocer con la Constitución de 1920 pero el exhaustivo catálogo de estos derechos apareció por primera vez en la Carta de 1979 por influencia de la Constitución española de 1978 y los tratados internacionales de derechos humanos, en especial, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

El régimen económico de la Constitución peruana y las libertades reconocidas (libre iniciativa privada, pluralismo económico, libre competencia, libertad de empresa, libertad de contratar, etc.) se encuentra en el Título III, regulados entre los artículos 58 a 65. Los llamados derechos de la tercera generación, o difusos, se encuentran en distintos apartados; el derecho a la paz y al desarrollo en el artículo 2, inciso 22, en el Capítulo I del Título I que reconoce los derechos fundamentales de la persona, y en el capítulo II del Título III dedicado al medio ambiente y recursos naturales (entre los artículos 66 al 69)⁹⁹.

En el texto original de la Constitución mexicana de 1917 se reconocen los derechos del trabajo, de asociación, huelga, a un salario mínimo, duración máxima de la jornada laboral, día de descanso obligatorio, compensación por accidentes de trabajo, protección de trabajadoras embarazadas, así como el derecho a la educación y la propiedad comunal. En enmiendas posteriores a la Constitución de Querétaro se han reconocido los derechos de protección a la salud y a la vivienda decorosa, medio ambiente adecuado, acceso a la cultura, y el derecho a la alimentación y el derecho a la educación. Los llamados derechos sociales de segunda generación, como el derecho a la salud y a la vivienda, recién fueron incorporados en febrero de 1983. No obstante, la protección de la salud ya era una preocupación del Congreso Constituyente mexicano

98. La Constitución mexicana de 1917 se adelantó en reconocer los derechos sociales por presión de la realidad política, económica y social. En efecto, si la Revolución mexicana tuvo como finalidad acabar con la dictadura del General Porfirio Díaz, el principal producto de la revolución, la Constitución de 1917, se ocupó del tema agrario y las reivindicaciones sociales de campesinos y obreros; la preocupación social del Constituyente mexicano se puso de manifiesto en varias disposiciones de la Carta de 1917, destacando los artículos 3, 27 y 5 (con relación al artículo 123). Con relación a la Constitución de Weimar de 1919, la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial fue un golpe para el gobierno autoritario de Federico II y momento para que la oposición política propiciara el final del régimen en 1918; la Constitución de Weimar fue innovadora para el constitucionalismo social, pues si bien el Estado mantenía su estructura liberal, empezaría a asumir un papel más activo gracias al llamado Estado Social de Derecho, que reconocía principios y derechos de naturaleza social, también incluía preceptos sobre la regulación económica mediante la intervención estatal; al primer grupo pertenecen los artículos 122, 142, 143, 145, 146, 151, 157, 159, 160, 161, 162, 163 y 165; al segundo grupo corresponden los artículos 153, 155 y 156.

99. Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 134-136.

de 1916-1917, en donde se estableció la salud de los trabajadores como un bien que debían cuidar los patrones y un Consejo General de Salubridad. En cuanto al derecho a la vivienda decorosa, su titularidad no corresponde a las personas sino a las familias. En cambio, a diferencia de las constituciones iberoamericanas contemporáneas, en el caso de la Constitución chilena de 1980, el constituyente no incluyó un catálogo de derechos sociales, los que se encuentran reconocidos figuran en el artículo 19, junto al resto de los derechos civiles y políticos, considerados como prestaciones constitucionales constitucionalmente reconocidas¹⁰⁰.

En la Constitución argentina de 1853/60, reformada en 1994, se configura un federalismo con constituciones provinciales que contienen derechos sociales y principios que inspiran las políticas en materia social. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, el artículo 17 establece que “[1]a Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”. De esta manera, el título II contempla una serie de políticas especiales que van desde el derecho a la salud integral vinculado con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente; el reconocimiento del derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado; la protección al trabajo, hasta la promoción y la protección íntegra, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral; la seguridad pública como deber propio e irrenunciable del Estado¹⁰¹.

Las constituciones iberoamericanas mencionadas no sólo reconocieron prestaciones sino también un conjunto de derechos y principios relacionados con el ámbito laboral, la primera fue la Constitución mexicana de 1917, incorporando el derecho de huelga, negociación colectiva y sindicación; la Constitución española reconoce además el derecho a convivir en un medio ambiente descontaminado (al igual que la Constitución chilena de 1980). Si se sabe advertir, unos derechos son manifestaciones de derechos y libertades clásicos que se concretan en el ámbito de las relaciones jurídicas laborales, mientras que otros presentan las características propias de los derechos clásicos y a la vez exigencia de prestaciones. De esta manera, el derecho a sindicarse es

100. Véase CARPIZO, Jorge; MADRAZO, Jorge: “El Sistema Constitucional mexicano” en GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (coordinadores): *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, pp. 573-576.

101. Véase, además, SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Teoría de la Constitución*, ASTREA, Buenos Aires, 2001, pp. 36-45.

una manifestación del derecho de asociación, y los derechos de negociación colectiva y huelga son una manifestación concreta del ejercicio de la libertad individual como autonomía contractual. No se trata de un error, sino que, antes del reconocimiento del estado de bienestar los derechos sociales no se consideraban parte de las libertades, todo lo contrario, se castigaban las uniones obreras, las paralizaciones laborales y la imposibilidad de negociar colectivamente con el empleador¹⁰². Una afirmación que nos conduce a la siguiente pregunta de nuestro análisis.

IV. ¿Son todos los derechos sociales plenamente justiciables? Una mirada a Chile, Argentina, México y Perú

La realización de las prestaciones sociales es desigual en los países iberoamericanos y se explica por las diferentes condiciones económicas que atraviesa en cada momento. Por ese motivo, de alguna manera, pensamos que su necesaria constitucionalización corrió el riesgo de afectar el surgimiento de un sentimiento constitucional entre los ciudadanos cuando la precariedad económica impide hacerlos efectivos, pensando que las constituciones son algo parecido a un ideario, a un plan de metas por conseguir en el tiempo para el futuro bienestar de los ciudadanos.¹⁰³

La Constitución chilena no contiene disposiciones que autoricen la intervención del Estado en la economía, aunque reconozca algunos derechos sociales¹⁰⁴. Como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, que goza de

102. En el mismo sentido, véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *En defensa de la Constitución*, Palestra Editores, segunda edición peruana, colección jurídica de la Universidad de Piura, Lima, pp. 492-493.

103. Sobre la extensión del catálogo de derechos y libertades de la Constitución peruana, la opinión de Sardón es que desde la Carta de 1979 "...contuvo la más extensa de las enumeraciones de los derechos del hombre que jamás hayamos tenido en el Perú. Ella llevó al extremo el llamado constitucionalismo social —introducido entre nosotros por la Constitución de 1920— al establecer los derechos a la vivienda decorosa, a la seguridad social universal, al seguro de desempleo y un muy largo etcétera. ¿Cuál es el problema con esta clase de dispositivos constitucionales? Ellos expresan aspiraciones legítimas, pero, a ser planteadas como derechos, levantan las expectativas ciudadanas a un punto que el Estado —más aún si se trata de uno pobre y subdesarrollado como el nuestro— no puede necesariamente atender. Esta clase de normas no son, entonces, políticamente inofensivas"; cfr. SARDÓN, José Luis en el estudio preliminar de CHIRINOS SOTO, Enrique: *La Constitución de 1993*, NERMAN, 1996, Lima, p. 1. En el mismo sentido, véase PÉREZ CAMPOS, Magaly: "Reforma Constitucional en el área de los Derechos Fundamentales: elementos para la discusión" en el colectivo Una Constitución para el

104. Ciudadano, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, 1994, p. 360.

Cabe advertir al lector que en la Constitución chilena el catálogo de derechos está contenidos en un solo texto, a diferencia de las constituciones iberoamericanas contemporáneas que separan los derechos individuales de los sociales por una decisión de los constituyentes, que ha llevado a la doctrina chilena a decir que su Constitución no contiene un catálogo de derechos sociales, sino más bien unas aspiraciones sociales reconocidas constitucionalmente.

garantía jurisdiccional¹⁰⁵, el derecho a la salud¹⁰⁶, que en la práctica se manifiesta en las prestaciones que el Estado realiza a los desposeídos y la libertad de optar al sistema público o privado de salud, siendo justiciable este derecho. Entre los derechos que no gozan de garantía judicial mencionamos el derecho a la gratuidad de la educación básica¹⁰⁷, el derecho a una remuneración justa¹⁰⁸ a la negociación colectiva, y a la huelga, prohibiéndose su ejercicio para determinados gremios¹⁰⁹.

Los derechos sociales en la Constitución peruana no están protegidos por la acción de amparo. Sin embargo, se tomaría como una política impopular si los excluye de los textos constitucionales, pues, la acepción de constitución que existe en Iberoamérica está más cercana a un mandato al legislador. En la Constitución peruana de 1993, los derechos sociales, como la libertad de enseñanza (artículo 13) o la libertad de Cátedra (artículo 18), son exigibles constitucionalmente. La atribución de las facultades que ambas libertades significan depende sólo del texto constitucional y de ninguna circunstancia externa como puede ser la concreta situación financiera del Estado peruano. Como sabemos, existen otros derechos sociales como el niño adolescente, la madre o el anciano en situación de abandono, que demandan una protección especial por parte del Estado (artículo 4), a que se fomente la educación bilingüe (artículo 17); o a que nadie se vea impedido de recibir una educación adecuada (artículo 16), o a que se promueva el desarrollo científico y tecnológico del país (artículo 14), o a la protección de la salud (artículo 7), sobre los cuales no sólo no hay seguridad que puedan ser tratados en estricto como derechos, sino que aún en el supuesto que se admita que son derechos no está claro que posean un contenido jurídico que sea exigible¹¹⁰.

Sobre la exigibilidad de los derechos sociales, la jurisprudencia estadounidense ha producido precedentes reivindicando derechos civiles por medio de las denominadas *structural remedies*. Un caso célebre, *Brown vs Board of Education* (1954). Si

105. Véase el artículo 19. 8 de la Constitución chilena.

106. Véase el artículo 19. 9.

107. Véase el artículo 19. 10.

108. Véase el artículo 19. 16.

109. Véase MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Jurisprudencia Constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs,

110. Barcelona, 1997, p. 57.

“El contenido esencial de los derechos fundamentales es, de un lado, una garantía frente a su limitación inconstitucional, y, del otro, un mandato al legislador para que promueva los derechos fundamentales”; cfr. CIANCIARDO, Juan: *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, AD-HOC, Buenos Aires, 2007, pp. 278-279.

bien versó sobre un caso de discriminación racial, tuvo repercusiones con una calidad educativa discriminatoria durante la segregación escolar¹¹¹.

Los derechos humanos, incluyendo en ellos a los civiles y a los sociales, son justiciables en México, fundamentalmente a través del juicio de amparo y de la acción de inconstitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad). En la Constitución mexicana, la regulación constitucional de la acción de inconstitucionalidad no existe ninguna gradación ni clasificación de los derechos que puedan ser objeto de su protección. En su prescripción general, la acción procede en contra de cualquier norma general que vulnere la Constitución, lo que incluye a todos los derechos¹¹². Asimismo, en la previsión específica de las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los distintos defensores del pueblo, se apunta que la misma procede en contra de normas que vulneren derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados, de lo que se desprende que no existe una gradación en cuanto a la justiciabilidad¹¹³. Al ser un medio de control abstracto de normas, el mismo está limitado al desarrollo normativo de los derechos o a su afectación legislativa; pero tales límites se deducen de la naturaleza del medio de control.

Lo mismo ocurre en cuanto al juicio de amparo; a diferencia de otros países, en México no existe una distinción en cuanto a los derechos que pueden ser invocados en el juicio de amparo. Conforme a la Constitución de 1917, en el juicio de amparo se

-
111. El doctrina "iguales pero separados" tuvo un punto de quiebre con la condición de la niña de apellido Brown, que tenía que viajar varios kilómetros para llegar su colegio cuando tenía uno más cerca a su hogar al cual no podía acceder por la segregación escolar, además de estar mejor implementado para el servicio educativo. Como sabemos, el derecho a la educación no está reconocido expresamente en ninguna enmienda de la Constitución de 1787. La jurisprudencia fue abriendo el camino en la materia tras declarar un estado de cosas inconstitucionales (*structural remedies*) y resolverse progresivamente, pues, la Corte Suprema sostuvo que la segregación escolar en los colegios públicos no garantizaba la igualdad de oportunidades; véase, BARNETT Randy; BLACKMAN, Josh: *An introduction to Constitutional Law. 100 Supreme Court cases everyone should know*, Wolters Kluwer, New York, 2020, p.180.
 112. Dispone el artículo 105, fracción II, acápite: "De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución"
 113. Dispone el artículo 105, fracción II, inciso g): "La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal." Para la evolución de esta facultad puede verse el artículo de CORZO SOSA, Edgar y SOBERANES DÍEZ, José María: "Alcance en la defensa de los derechos humanos en acciones de inconstitucionalidad" en *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, N°45, julio 2011, pp. 13-52.

pueden conocer de los actos que presumiblemente violen los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales,¹¹⁴ sin hacer distinción en cuanto a si se trata de derechos civiles, políticos y sociales¹¹⁵. En este mismo sentido, en el juicio de amparo tampoco existe una limitante en cuanto a que únicamente se pueden invocar a través de su desarrollo legislativo, como ocurre en otras naciones, sino que pueden hacerse valer directamente de la Constitución o de los tratados. Los derechos sociales son justiciables en la Constitución mexicana de 1917 y no existe alguna limitante a la procedencia de las garantías constitucionales, ni clasificación atendiendo al tipo de derechos, ni gradación respecto a su justiciabilidad.

La Judicatura argentina, en cambio, ha seguido un modelo que no hace depender la “justiciabilidad” de los derechos en juego de su naturaleza “social”. El grado de activismo judicial en materia de derechos sociales se resolvió bajo los siguientes argumentos: “la discrecionalidad legislativa o administrativa”, la “limitación de los recursos públicos”, la falta de legitimación de los accionantes”, “las interpretaciones esgrimidas en ocasiones sobre el carácter programático sobre los derechos sociales” o la doctrina de la “emergencia pública”. No obstante, no se observa en ningún caso que se haya desarrollado jurisprudencia que sostenga que los derechos sociales no son justiciables.

En épocas más recientes, a partir de la década de los años noventa, la mencionada tendencia judicial comenzó a revertirse. Se manifestó una vocación de integración internacional que llevó a dotar de plena operatividad y jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. A su turno, la reforma constitucional de 1994 incrementó el catálogo de los derechos de jerarquía constitucional y amplió los mecanismos procesales. Entre ellos consagró en el artículo 43.2 el amparo de los llamados “derechos de incidencia colectiva”. En la actualidad, la judicatura viene dando muestras de una tendencia interpretativa general asociada a una concepción cada vez más activista en cuanto al contenido y exigibilidad de los derechos fundamentales.

Una noción conceptual que sí podría mencionarse como elemento de atenuación a la “justiciabilidad” de los derechos sociales, es la que deriva del requisito de

114. Véase la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011.

115. Pese a no existir una limitación en cuanto a la procedencia del juicio de amparo contra violaciones a derechos políticos, desde el siglo XIX la jurisprudencia cerró esta posibilidad, al distinguir entre derechos civiles y derechos políticos, mencionando que el amparo únicamente estaba ideado para los primeros. Este criterio propició la creación de un tribunal especializado en materia electoral, que puede conocer de las violaciones a los derechos políticos de las personas.

“legitimación” para promover la actuación de la rama judicial. En ese sentido, el Ordenamiento Constitucional argentino exige que la judicatura actúe en el marco de un “caso o causa” judicial, entendiendo únicamente a aquellos que son promovidos por sujetos que tienen un interés personal, directo y diferenciado del resto de la comunidad. Este requisito, sumado a la indeterminación legislativa sobre la configuración de los derechos de incidencia colectiva y de los elementos que constituyen un caso colectivo ha sido la fuente más significativa de rechazos, limitaciones y obstáculos a la justiciabilidad de casos en donde se plantea la violación colectiva de derechos sociales¹¹⁶. En los últimos años, se ha desarrollado una tendencia a fijar desde la judicatura las bases para superar los obstáculos procesales, en especial en lo que hace a la protección de los derechos de incidencia colectiva.¹¹⁷ Finalmente, en el Ordenamiento Constitucional chileno sólo es justiciable la libertad asociada a algunos derechos sociales. Sin embargo, los derechos de educación, negociación colectiva y seguridad social contemplan la posibilidad de exigir judicialmente algunas prestaciones básicas.

V. ¿Se ha considerado la acción de inconstitucionalidad por omisión? Una mención al caso brasileño.

El ordenamiento legal peruano cuenta con un código procesal constitucional (en adelante CPC) que regula el ejercicio de las garantías constitucionales que reconoce la Carta de 1993 en su artículo 200; con relación a los derechos sociales, el proceso idóneo para su protección jurisdiccional es el amparo, y el artículo 37 del CPC establece una lista de derechos que son protección de esta institución de garantía. Si bien es cierto que la lista es larga y no cerrada, pues, su inciso 25 nos dice que el amparo procede en defensa de “los demás que la Constitución reconoce”, el CPC señala expresamente que el amparo protege el derecho al trabajo (inciso 10), sindicación, negociación colectiva y huelga (inciso 11), a la educación (inciso 17), a la seguridad social (inciso 19), a la remuneración y pensión (inciso 20), a la libertad de cátedra (inciso 21), y a la salud (inciso 24). Cabe añadir que la lista incluye expresamente la protección a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida” (inciso 23).

La protección a los derechos sociales también puede ejercerse a través de la acción de inconstitucionalidad, la acción popular y, en ciertos casos, por el habeas cor-

116. Cfr. Maurino, Gustavo y Sigal, Martín “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, *SJA* 22/4/2009.

117. Véanse las resoluciones 332:111, 2009.

pus¹¹⁸. La primera interpuesta ante el Tribunal Constitucional peruano (la Carta de 1993 establece las instituciones competentes para interponerla, véase el artículo 203) cuando una ley, o norma con rango legal, afectara el contenido constitucionalmente protegido de un derecho humano; la segunda institución, en cambio, realizaría la misma protección cuando las normas infra legales afectaran el mismo contenido en la ley o la Constitución, un proceso que el Poder Judicial es competente para conocer.

A falta de regulación normativa del Capítulo II del Título I de la Constitución peruana, si partimos de la vinculación del poder público a la Constitución (artículo 45) y del principio de normatividad, no cabe otra respuesta que la “vinculación plena del poder político a todas las disposiciones de la Constitución y, entre ellas, a los derechos sociales. Por tanto, todas las disposiciones obligan efectivamente a sus destinatarios y serán los jueces ordinarios, magistrados del Tribunal Constitucional y, finalmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los encargados de garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, y el deber de neutralizar toda situación discriminatoria y violatoria de derechos que afecten la dignidad de persona humana. De esta manera, el llamado constitucionalismo social pretende es reparador y vincula al Estado como promotor del desarrollo y bienestar general de la persona.

Con relación a los recursos existentes para la protección de los derechos sociales, un sector de la doctrina considera razonable utilizar un instituto constitucional que se dirija contra la omisión del desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales por parte de los órganos legisladores (conocida como la acción de inconstitucionalidad por omisión), ya que este “no hacer” impide cumplir con mandatos constitucionales vulnerando su exigibilidad y su eficacia concreta. En este caso, la expresión “omisión” se recoge como este no hacer, producto de la negligencia o despreocupación del órgano legislativo para expedir leyes y normatividad que desarrollen las constituciones y que impidan generar un “deber constitucional”. De este modo, la llamada acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa se define

118. El Tribunal Constitucional peruano dice al respecto que “(...) el propósito garantista del hábeas corpus transciende a la protección de la libertad para convertirse en una verdadera vía de protección de lo que podría denominarse la esfera subjetiva de libertad de la persona humana, correspondiente no sólo al equilibrio de su núcleo psicosomático, sino también a todos aquellos ámbitos del libre desarrollo de su personalidad que se encuentren en relación directa con la salvaguarda del referido equilibrio. Por tanto, las restricciones al establecimiento armónico, continuo y solidario de las relaciones familiares, impide el vínculo afectivo que todo nexo consanguíneo reclama, no sólo inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido de la integridad personal (física, psíquica y moral), protegida por el artículo 2.1 de la Constitución y el artículo 25.1 del Código Procesal Constitucional, sino que se oponen también a la protección de la familia como garantía institucional, a tenor del artículo 4 de la Constitución”; Cfr. Exp. N° 01317-2008-HC (FJ 45).

como por un precepto constitucional que prescribe un determinado comportamiento del legislador (producción de leyes de desarrollo constitucional) y, por otro lado, por un comportamiento del legislador.

La Constitución brasileña de 1988, en el inciso LXXI de su artículo 5, consagra un mecanismo constitucional mucho más exigente que el llamado al legislador para que cumpla con su labor que viene omitiendo, consagrando el llamado “mandato de *injuncao*”¹¹⁹, en donde a través del recurso de inconstitucionalidad es posible, además, “declarar la inconstitucionalidad por omisión para hacer efectiva la norma constitucional y luego dar conocimiento al poder estatal competente para hacer efectiva dicha norma, y que tratándose de un órgano administrativo, lo debe realizar en el término perentorio de treinta días. Una posibilidad no reconocida en la Constitución peruana pero que su Tribunal Constitucional ha intentado subsanar por medio de las llamadas sentencias exhortativas a los poderes públicos, con encargos directos a su gestión, pero en la práctica sin la fuerza vinculante necesaria, salvo un primer efecto mediático e incómodo para el órgano o poder estatal aludido.

En la práctica, lo más difícil de la implementación de dicha institución es la identificar cuándo se está incumpliendo con un deber constitucional; en otras palabras, que la omisión en sentido jurídico-constitucional significa los poderes públicos no hagan algo a que se estaban obligado por la Carta Magna; y además, que dicha inactividad del legislador se pueda declarar inconstitucional en los casos de incumplimiento de las disposiciones constitucionales permanentes y concretas.

VI. El desarrollo legal, jurisprudencial e institucional de los derechos sociales.

No existen leyes específicas que desarrollen los derechos sociales que reconoce la Constitución de 1993. El poder constituyente tampoco ha comprometido al poder público a una concreta forma de programación, organización o fomento de los derechos sociales, pues, puede que existan muchas maneras constitucionalmente permitidas para fomentar una determinada realidad para el logro de un determinado objetivo social. No se trata de derechos subjetivos que el individuo pueda hacer valer ante los tribunales ordinarios ante el Tribunal Constitucional¹²⁰. En ese sentido, no

119. El inciso LXXI del artículo 5 de la Constitución brasileña establece que “[s]e concederá “mandato de *injuncao*” siempre que, por falta de norma reguladora, se torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”.

120. Los derechos subjetivos son las libertades individuales reconocidas y protegidas por el sistema jurídico. Unos derechos y garantías respaldadas por normas jurídicas que permiten legítimas reclamaciones y una adecuada

se puede aceptar, por ejemplo, que si faltase un centro educativo en una determinada población se pueda demandar judicialmente al Estado para que empiece a construir uno inmediatamente. Debemos tener presente que determinadas prestaciones sociales traen condicionado su cumplimiento a la disponibilidad económica del Estado, la cual se canaliza a través de los programas sociales; en la práctica, con un nivel de escaso desarrollo que no se han convertido en verdaderos programas de inclusión social. Se tratan de políticas de asistencia social que buscan propiciar el clientelismo.

Las normas programáticas, organizativas y de fomento constituyen una suerte de principios para la verificación de su efectivo cumplimiento. Como hemos mencionado, no existe una única forma de ser materializados, las disposiciones constitucionales pueden ser cumplidas en intensidades y formas distintas, y no se podrá exigir al poder público el cumplimiento de esas disposiciones constitucionales a través de una sola manera o vía de realización.

Los ciudadanos cuentan, solos, o colectivamente, con determinadas garantías constitucionales ante una situación de manifiesta, clara e inobjetable conducta estatal en contra de cualquiera de estas disposiciones de la Constitución peruana de 1993. Por eso, pueden ser invocados por el particular ante los tribunales, e incluso demandar su efectivo cumplimiento mediante una acción de amparo. Sin embargo, la undécima disposición final y transitoria de la Carta de 1993 establece que aquellas normas constituciones, más de una referida a los derechos sociales, que exijan del Estado un mayor gasto público se deberán aplicar progresivamente en la medida que el Estado cuente con más recursos económicos.

VII. ¿Existen decisiones del Tribunal Constitucional peruano, u órgano equivalente, que se pronuncien sobre el contenido de los derechos sociales?

El Tribunal Constitucional peruano es el segundo intento de jurisdicción concentrada en la historia de los textos constitucionales peruanos; sus competencias son más amplias que su antecesor en la Carta de 1979 y en la actualidad se aproxima al modelo español de la Constitución de 1978; nos encontramos ante un órgano de control de la constitucionalidad, máximo garante de los derechos y órgano que resuelve

protección legal en caso de violación; al respecto, Castillo Córdova nos dice que “[e]sta expresión nace como una respuesta a la terminología propia del iusnaturalismo, y con ella se quiso significar unos derechos del hombre que tenían una naturaleza estrictamente positiva”; véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: Los derechos fundamentales. Elementos para una teoría general, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 70.

los eventuales conflictos de competencia entre los órganos del Estado. Si el Tribunal es el máximo intérprete de la Constitución es evidente que sus funciones no pueden quedar sólo circunscritas al control de constitucionalidad de las leyes, sino más bien al desarrollo y protección de los derechos y libertades mediante el conocimiento, en última y definitiva instancia nacional, de los procesos constitucionales reconocidos en la Carta de 1993.

La resolución del Tribunal Constitucional peruano Exp. N°2016-2004-AA/TC es de interés debido a que, por primera vez, el máximo intérprete de los derechos y libertades a nivel nacional, declaró fundada una acción de amparo, ordenando que se considere al agraviado, en su derecho a la vida, “en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, o que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante (...) y bajo su responsabilidad. A su vez, el Tribunal exhorta a los poderes públicos a que cumplan con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N°26626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA; y ordena que la dirección del hospital tratante dé cuenta a este Tribunal, cada seis meses, de la forma como viene realizándose el tratamiento del recurrente”.

La sentencia referida tiene especial interés dado que el Tribunal Constitucional judicializó con su interpretación el principio de progresividad establecido en la undécima disposición final y transitoria de la Constitución¹²¹, a favor de la efectiva realización de los derechos sociales. Al respecto, en la misma resolución el Tribunal argumentó que “[l]a undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución es concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se dispongan para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos el derecho a la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”; más adelante, el máximo intérprete de los derechos sostuvo que “[s]i bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir

121. La disposición final y transitoria undécima de la Constitución peruana de 1993 establece que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención acarrearía situaciones de inconstitucionalidad por omisión”¹²².

VIII. ¿Tienden los tribunales ordinarios a dotar de eficacia directa a los derechos sociales, con independencia de su desarrollo legal? ¿En qué ámbitos puede apreciarse esta tendencia?

Los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos sociales nos brindan una idea de su progresiva eficacia directa y límites para poder por realizarlos plenamente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano nos dice que “[s]i bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación positiva del Estado a través de la adopción de medidas adecuadas para el logro de los fines sociales y del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente su plena efectividad en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. Esta nueva visión de los derechos sociales permite reconocer, en su contenido esencial, principios como la solidaridad y el respeto a la dignidad de la persona, los que, a su vez, constituyen pilares fundamentales del Estado social y democrático de Derecho”¹²³.

IX. El caso español. Una comparación con la realidad de la Constitución de 1978.

En el ordenamiento constitucional español parece difícil que los preceptos del Capítulo III del Título I puedan ser entendidos como normas jurídicas engendradoras de derechos exigibles, justiciables, ante un tribunal; sin embargo, sí podrían entenderse como normas programáticas, heteroaplicativas o principios políticos cuya infracción podría acarrear consecuencias políticas; por ejemplo, que los ciudadanos voten en las próximas elecciones contra el actual partido del Gobierno por haber infringido las disposiciones sobre derechos sociales. En definitiva, las disposiciones que contienen derechos sociales y económicos no son invocables ante un juez mientras una ley no las dote de un contenido cierto, identificable y determinado. Sin una mediación

122. Cfr. STC N° 2016.2004-AA/TC (FJ 36-38).

123. Cfr. Exp. N°10063-2006-AA (FJ 7-8).

legislativa que produzca ese efecto, nadie podrá obtener de un juez una pensión o una vivienda digna¹²⁴. Pero, además, aunque la Sentencia N° 80/1992 sólo modera el carácter normativo-directo del Capítulo III del Título I de la Constitución, ocurre que también otros preceptos que no forman parte de este Capítulo difícilmente pueden ser entendidos en sentido jurídico.

Con relación a los derechos de los presos del artículo 25.2, o en el derecho al trabajo del artículo 35.1, que forman parte de las secciones Primera y Segunda del Capítulo II del Título I de la Constitución española de 1978; en ambos casos, parece difícil que los jueces puedan satisfacerlos si no existe una ley que los dotes de contenido cierto y determinado. Se trata de normas políticas y sociales, cuyo cumplimiento depende de una serie de factores, primordialmente económicos. Así ha sido advertido también por el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia N°172/1989, que resuelve un recurso de amparo interpuesto por un preso que reclama un puesto de trabajo amparándose en el artículo 25.2 de la Constitución. De acuerdo con el máximo intérprete de la Carta de 1978, “existe, ciertamente, un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo que permitan sus disponibilidades presupuestarias, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al artículo 53.3 de la CE de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, según las posibilidades socio económicas (...). Y, desde el punto de vista subjetivo de quien está cumpliendo pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento”¹²⁵.

Es decir, el derecho sólo resultará exigible cuando los medios económicos permitan crear puestos de trabajo; pero aun así, sólo pueden llegar a adquirir verdadera eficacia en combinación con el artículo 14 de la Constitución de 1978. Nótese que con los derechos y libertades clásicos pasa lo contrario, pues su sola proclamación es suficiente para que se apliquen directamente desde la Constitución, sin necesidad de mediación del legislador.

124. La literalidad del artículo 47 sugiere que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»; sin embargo, se trata de un principio que se desprende de la siguiente frase de mismo artículo: «los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Se trata de un mandato de desarrollar una política de acceso universal a la vivienda digna, lo que abre un amplio abanico de opciones legislativas de difícil control por el Tribunal Constitucional.

125. Cfr. FJ 3.

Un ejemplo es la sentencia constitucional 15/1982 referente al derecho de la objeción de conciencia. No habiendo sido aún dictada la correspondiente ley, la sentencia reconoció a un recurrente en amparo el derecho a aplazar su incorporación a filas hasta que se dictase la ley que regulase la objeción de conciencia. El Tribunal estimó que se trataba de un derecho de aplicación inmediata, ya que “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que la Norma Fundamental española en su artículo 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata”; además, la “dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido a ella”¹²⁶.

La falta de desarrollo legislativo del derecho no puede servir de excusa para su no cumplimiento. Como todo derecho clásico y al contrario que los económicos y sociales, la objeción de conciencia, para ser inmediatamente efectiva, no necesita desarrollo legislativo, aunque tampoco le sobre, por eso no puede haber mejor ejemplificación del contraste entre el tratamiento dado a unos y otros derechos¹²⁷.

X. ¿Cuáles son las preocupaciones básicas en materia de derechos sociales que existen en la Constitución peruana?

Para poder absolver esta interrogante será citando directa, textualmente y ordenada de manera sistemática, importantes fragmentos escogidos de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional peruano; de su lectura se desprende el deseo y vocación del máximo garante de los derechos y libertades a nivel nacional para reconocer que los derechos sociales no son derechos de segunda clase, sino que tienen la misma importancia y jerarquía constitucional que los derechos civiles y políticos; dotándolos de contenido constitucional y precisando, interpretativamente, otros que, por su redacción en la norma pareciera que los poderes públicos se encuentran, por ejemplo, obligados por la Constitución para asignarles un puesto de trabajo.

¹²⁶. Cfr. FJ 8.

¹²⁷. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos: *Temas de Derecho Constitucional Español*, Follas Novas, Santiago de Compostela, A Coruña, 1996, pp. 286-287.

A continuación, ofrecemos una selección de jurisprudencia para aproximarnos a sus actuales tendencias interpretativas:

A) La protección del niño, del adolescente, de la madre, del anciano, de la familia y del matrimonio.

1. “Se señala en la Constitución, artículo 4, que ‘la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente’. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”¹²⁸.

2. “(...) el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho constitucional al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional. Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido. Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equipamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones”¹²⁹.

128. Cfr. Exp. N° 03330-2004-AA (FJ 35).

129. Cfr. Exp. N° 02868-2004-AA (FJ 13).

B) El derecho a la salud

1. “La Constitución en su artículo 7 reconoce el derecho que tiene toda persona a la protección de su salud, así como el deber del Estado de contribuir a la promoción y defensa de aquella. Si bien es cierto que el derecho a la salud no se encuentra contenido en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, también es cierto que su inherente conexión con los derechos a la vida, a la integridad personal y el principio de dignidad de la persona, lo configura como un derecho fundamental innegable y necesario para el propio ejercicio del derecho a la vida toda vez que constituye, como lo señala el artículo I del Título Preliminar de la Ley N°26842 - Ley General de Salud, “condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo”. En este sentido, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de precisar que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo, lo que implica que el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, a fin de que las personas disfruten del más alto nivel de bienestar físico y mental, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido¹³⁰.

2. “Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho “programático”, vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales”¹³¹.

3. “La protección del derecho a la salud en el artículo 13 de la Constitución se plantea como un principio rector de la política pública, social y económica del Estado, que se ejecuta a través del Poder Ejecutivo, el cual a su vez se encarga de diseñar, normar y supervisar su aplicación en forma plural y descentralizada. En su dimensión de libertad, el derecho a la salud implica la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica y social, así como de prevenirlo y restituirlo ante una situación de perturbación del mismo. Es decir, garantiza el derecho de las personas a alcanzar y preservar un estado de plenitud física, psíquica y social, razón por la cual el Estado debe efectuar acciones de prevención, conservación y restablecimiento, con la finalidad de que todas las per-

130. Cfr. STC N° 2945-2003-AA/TC (FJ 28).

131. Cfr. Exp. N° 05954-2007-HC (FJ 9 y 10).

sonas disfruten del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, para que tengan, cada día, una mejor calidad de vida y ello porque el concepto de persona humana comprende aspectos tanto materiales, físicos y biológicos, como espirituales, mentales y psíquicos”¹³².

C) La educación y libertad de enseñanza.

1.”En cuanto a la naturaleza de los derechos sociales, también llamados derechos presenciales, este Tribunal ha señalado que los derechos sociales no son meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de ambos en forma conjunta e interdependiente”¹³³.

2. “Conforme ya ha sido reconocido por este Tribunal, se considera constitucionalmente protegido el derecho fundamental a la educación tanto en la dimensión de libertad como en la dimensión prestacional, en la que encontramos el derecho a la educación en sentido estricto, dirigido a asegurar que nadie se vea impedido de recibir la educación adecuada; asimismo, se protege el derecho de los padres de escoger el centro educativo y participar en el proceso de educación de sus menores hijos. En lo que respecta a los Centros Educativos Particulares, el artículo 3° de la Ley N°26549, de Centros Educativos Privados, establece que “[c]orresponde a la persona natural o jurídica, propietaria de un centro educativo, establecer la línea axiológica que regirá su centro, dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución; la duración, contenido, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada año o período de estudios; los sistemas de evaluación y control de los estudiantes; la dirección, organización, administración y funciones del centro; los regímenes económico, disciplinario, de pensiones y de becas; las relaciones con los padres de familia; sin más limitaciones que las que pudieran establecer las leyes, todo lo cual constará en el Reglamento Interno del centro educativo”. De dicha norma se infiere que los Centros Educativos Privados tienen la potestad de establecer los mecanismos de evaluación, control y disciplinario que consideren pertinentes para garantizar un adecuado

132. Cfr. Exp. N° 02480-2008-AA (FJ 5 y 6).

133. Cfr. Exp. N° 01391-2007-AA (FJ 11).

sistema educativo que permita lograr el desarrollo integral de los educandos, brindando una formación intelectual, moral, física y psicológica siempre que no contravengan a lo establecido en la Constitución”¹³⁴.

D) La protección estatal del trabajo y contra el despido arbitrario

1. “(...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11 numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas) (...) aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”¹³⁵.

2. “El artículo 27 de la Constitución garantiza que la “ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Así, conforme a lo expuesto por este Tribunal en el Fundamento N° 109 de la sentencia recaída en el Exp. N°00025-2007-PI/TC, la doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal

¹³⁴. Cfr. Exp. N° 01391-2007-AA (FJ 13).

¹³⁵. Cfr. Exp. N°00206-2005-AA (FJ 15-20).

naturaleza; y, por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado. Sin embargo, y como lo ha establecido este Colegiado a través de su reiterada jurisprudencia, mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho a no ser despedido arbitrariamente, sino que solo se reconoce el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario. Por ende, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso el ejercicio del derecho al trabajo de los trabajadores públicos se encuentra sujeto a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 39º de la Constitución, en tanto dispone que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”. Si ello es así, no parece irrazonable que tales funcionarios deban ser evaluados periódicamente a efectos de alcanzar un servicio de óptima calidad”¹³⁶.

3. “(...) el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así, respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que “mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho ‘a no ser despedido arbitrariamente’. Sólo reconoce el derecho del trabajador a la ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario”. Por ende, el derecho a la estabilidad laboral no tiene carácter ilimitado, por lo que mediante ley se pueden establecer ciertas modulaciones a su ejercicio. En el presente caso la estabilidad laboral de los profesores se encuentra sujeta a que aprueben la evaluación de desempeño, lo cual resulta acorde con lo dispuesto en el artículo 15º de la Carta Magna que dispone que ‘(...) El Estado y la sociedad procuran su [del profesor] evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes, ’”¹³⁷.

E) La jornada laboral de ocho horas diarias.

1. “En materia de jornada de trabajo y descanso semanal, el artículo 25º de la Constitución Política ha establecido que “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acu-

¹³⁶. Cfr. Exp. N° 00010-2010-AI (FJ de 17-19).

¹³⁷. Cfr. Exp. N° 00025-2007-AI (FJ 110-111).

mulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Constitucionalmente, es válida la existencia de jornadas acumulativas o atípicas, siempre que no excedan los límites establecidos. Este Colegiado ya se ha pronunciado con referencia a las jornadas de trabajo atípicas y acumulativas indicando que “(...) De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

- i) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración (...)
- ii) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor (...).”

La jornada de trabajo, por definición, es una unidad de tiempo. Se mide por lapsos en los que el trabajador está a disposición del empleador para el desarrollo de una actividad productiva, bien sea prestando un servicio, realizando actos o ejecutando obras. Dicho lapso de tiempo no puede ser empleado en beneficio personal. Históricamente, la razón de ser de la jornada de trabajo ha variado con el transcurso del tiempo. Inicialmente “Limitar la jornada de trabajo fue (...) una forma de evitar los abusos del empleador, luego (...) adecuar el tiempo al salario y viceversa; más adelante se convirtió en un modo de mejorar la calidad de vida dentro y fuera del trabajo, y ahora se piensa en la reducción de la jornada como una forma de luchar contra el desempleo”. A nivel del ordenamiento nacional y en materia de jornada de trabajo, la Constitución Política ha establecido una disposición que, por sus características de imperatividad y el espacio que deja a la autonomía privada, constituye un precepto reconocido doctrinariamente como una norma denominada máxima de derecho necesario, es decir, que se trata de un tope máximo hasta donde la autonomía privada puede pactar; por encima de ello opera la prohibición. Así, se permite la existencia de jornadas alternativas, acumulativas y atípicas, siempre que por la naturaleza especial de las actividades que se realizan así lo requieran y en la medida, claro está, que no se superen dichos topes”¹³⁸.

2. “En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, debemos indicar que se trata de un derecho de reconocimiento internacional a nivel de la normativa sobre derechos hu-

138. Cfr. Exp. N° 00027-2006-AI (FJ 18-21).

manos, y, a nivel constitucional, el artículo 25 ha establecido que “(...) Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y compensación se regulan por ley o por convenio (subrayado agregado). De esta forma se ha optado por una reserva de ley y posibilidades de pacto mediante Convenio (autonomía colectiva) en esta materia, en cuanto a su disfrute y compensación. Con relación al descanso vacacional, este Colegiado ha señalado que “(...) el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. (...), la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. (...), las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.”. En cuanto al descanso vacacional anual remunerado, que es el descanso que se regula en la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, la normativa infraconstitucional ha establecido que el trabajador tiene -en el régimen común- derecho a treinta días (30) calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios; no obstante, el ejercicio de ese derecho está condicionado, además, al cumplimiento de un récord vacacional por parte del trabajador”¹³⁹.

F) Los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga

1. “En cuanto a la afectación del derecho a la libertad sindical reconocido en el artículo 28, inciso 1) de la Constitución, debe señalarse que este derecho tiene como contenido la libertad de todo trabajador para afiliarse a un sindicato, así como para el desarrollo libre de su actividad, ya sea en el seno de la Administración Pública o de una empresa particular, en defensa y cautela de sus intereses, a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores. Igualmente, el derecho a la libertad sindical tiene como contenido que la facultad que tiene el trabajador para afiliarse o ejercer actividad sindical no sufra ningún menoscabo en sus derechos fundamentales, como podría ser la diferencia de trato carente de toda justificación objetiva y razonable entre trabajadores sindicalizados y trabajadores no sindicalizados. Por ello, cuando se alega que un despido encubre una conducta lesiva del derecho a la libertad sindical, incumbe al empleador la carga de probar que su decisión obedece a causas reales y que no constituye un acto de discriminación por motivos sindicales. Para imponer la carga de la prueba al empleador, el demandante previamente debe aportar un indicio razonable que indique que su despido se origina a consecuencia de su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales”¹⁴⁰.

139. Cfr. Exp. N° 00027-2006-AI (FJ 22-24).

140. Cfr. Exp. N° 03884-2010-AA (FJ 11-13).

2. “El derecho de sindicación reconocido en el artículo 28, inciso 1), de la Constitución tiene como contenido esencial un ámbito de facultades que puede ser agrupados de dos formas: la primera, desde una dimensión individual y la segunda, desde una dimensión plural. La dimensión individual o intuición persona del derecho de sindicación tiene a su vez un doble contenido: por un lado, un aspecto positivo, que comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse libremente a los sindicatos ya constituidos; y, de otro lado, un aspecto negativo, que comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse, y en caso de estar afiliado, a no ser excluido arbitrariamente. Respecto a su dimensión plural, se ha señalado que esta protege la autonomía sindical, a fin de que el sindicato funcione libremente sin injerencias o actos externos que pudiere afectarlo. Protege, asimismo, las actividades que este desarrolla y la de sus afiliados de manera colectiva, así como la de los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos. (Fundamento Jurídico N°6, sentencia recaída en el Exp. N°3311-2005-PA/TC). Se entiende así que los trabajadores están facultados para ejercer su libre afiliación al tipo de organización que estimen conveniente, en este caso un sindicato, siguiendo estrictamente con lo señalado a través del artículo 28 de la Constitución, así como con lo regulado en el estatuto correspondiente, el cual tiene como límite no exigir a los trabajadores interesados medidas irrazonables que impidan ejercer su derecho de libre afiliación”¹⁴¹.

3. “En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28º, inciso 1 de la Constitución (Exp. N°0008-2005-PI/TC, fundamentos 26, 27 y 28), e interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11 del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1º del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva)”¹⁴².

141. Cfr. Exp. N° 02882-2008-AA (FJ 3-6).

142. Cfr. Exp. N° 05028-2008-AA (FJ 3).

Luego de tener a la vista algunos de fundamentos del Tribunal Constitucional peruano en materia de derechos sociales, podemos confirmar que su común denominador es el de interpretar el contenido constitucionalmente protegido y alcances de los derechos sociales reconocidos en la Carta de 1993, así como, de modo exhortativo, la necesidad que los poderes públicos pongan todos los medios políticos, económicos y administrativos necesarios para poder realizarlos a nivel nacional. Es así luego de conocer el contenido de algunas resoluciones del Tribunal Constitucional peruano, nos preguntamos en torno a la defensa de la justiciabilidad de los derechos sociales para aproximarnos a su reconocimiento y vigencia en el marco iberoamericano.

XI. Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano.

Los derechos sociales pueden alcanzar cierto grado de justiciabilidad por la vía del principio de igualdad o de la tutela judicial efectiva. Pero ambos supuestos exigen que el derecho social de que se trate haya sido previamente dotado de contenido, y que en esa actividad o en la aplicación de dicho contenido se infrinja el principio de igualdad o la tutela judicial. Es decir, no es el derecho social el justiciable, sino el principio de igualdad o la tutela judicial. En cambio, los derechos colectivos laborales sí pueden ser considerados derechos en sentido jurídico, ya que, a diferencia de los demás derechos sociales, aquéllos no exigen una abstención, un no hacer, no intervenir, por parte de los poderes públicos. Se trata de manifestaciones particulares de derechos o libertades clásicos, que surgen con la finalidad expresa de todo derecho social: eliminar o disminuir la desigualdad material y mejorar las condiciones de vida. Al no consistir en prestaciones que deban ser determinadas por el legislador o la administración, los jueces sí pueden darles protección, sin necesidad de esperar un desarrollo posterior e implementación infraconstitucional¹⁴³. Es el caso del derecho de sindicación que, como mencionamos, se trata de una manifestación concreta del derecho de asociación, pues cabe en su contenido constitucionalmente protegido; otro caso mencionado es el derecho de huelga, en el que participan las libertades individuales, de tránsito y reunión. Las conquistas laborales dieron lugar a su incorporación en la Constitución, gracias a su dificultad para ser enmendada (rigidez), y se convierte en una garantía que evita su modificación o derogación, gracias a una mayoría en el parlamento.

143. Véase MARTÍNEZ ESTAY: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales...*, p. 336.

La plena realización de la igualdad material y solidaridad nos lleva a afirmar que la finalidad de una declaración de derechos sociales en una constitución es hacer efectiva la igualdad material del constitucionalismo clásico para así mejorar la calidad de vida de los ciudadanos; en otras palabras, son algo así como los “derechos cenicienta” porque requieren de un hada madrina (el Estado) para poder realizarlos. En el derecho comparado observamos el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978 encomienda a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impiden la plena y efectiva realización de la igualdad. Una disposición que ha sido reforzada gracias a su Tribunal Constitucional ampliando los alcances del derecho a la igualdad. De esta forma podemos apreciar la protección que han recibido las mujeres por casos de discriminación¹⁴⁴. Si bien no existe una expresa referencia en la Constitución peruana sobre la igualdad material se puede inferir de la lectura de algunos de sus artículos; por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 23 establece que el Estado peruano “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 a la igualdad material el artículo 59 que dispone que “el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufran cualquier desigualdad”.

La undécima disposición final y transitoria de la Constitución peruana que establece que “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”, el Tribunal Constitucional peruano ha realizado una interpretación sosteniendo que “(...) se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación”¹⁴⁵; y añade además que “(...) [n]o se trata, sin embargo, de meras normas programáticas de *eficacia mediata*, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de *eficacia inmediata*, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.

De este modo, sin educación, salud y calidad de vida digna en general, mal podría hablarse de libertad e igualdad social, lo que hace que tanto el legislador como la

144. Se pueden observar en las sentencias del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) números 19/1989, 28/1992 y 3/1993.

145. Cfr. Exp. N° 2945-2003-AA/TC (FJ 10).

administración de justicia deban pensar en el reconocimiento de los mismos en forma conjunta e interdependiente”¹⁴⁶. Finalmente, la dimensión que tiene el Estado Social lo hace intervenir en la realización de todos los derechos y prestaciones a los ciudadanos, con igual vinculación jurídica. Lo cual puede poner en riesgo la libertad si no tenemos cierto cuidado con la actuación estatal, ya que, con su nuevo papel también podrían aumentar significativamente los controles públicos¹⁴⁷.

Sin desear tomar una postura de carácter estrictamente liberal, o insolidaria, con las evidentes desigualdades sociales, culturales y económicas que existen entre los ciudadanos, debemos recordar los orígenes de nuestra disciplina y objeto de estudio: el constitucionalismo. En primer lugar, debemos tener presente que su origen fue anglosajón y su principal fuente es la jurisprudencia (judicialismo). Si partimos de esa base, desde el origen político del concepto de Constitución nos damos cuenta que sus creadores no la inventaron para solucionar las consecuencias de la pobreza en el mundo, sino para limitar el ejercicio arbitrario del poder; y, desde el punto de vista jurídico, lograr ese cometido por medio del derecho y no la fuerza. Por eso, con relación a su justiciabilidad, la constitucionalización de los derechos sociales puede carecer de efectos reales cuando se reconoce que “todos tenemos derecho a una vivienda digna, al trabajo, a una remuneración justa, etcétera”; que llevaría a cualquier texto constitucional a la condición de un ideario, o sólo suponer que la incorporación de un programa de política social en la Carta Magna, al no ser dotado de contenido normativo, no daría origen a ningún derecho en sentido jurídico.

A lo dicho en el párrafo anterior, también habría que tener en cuenta los límites de actuación razonable de la sociedad y comunidad política en la esfera privada del ciudadano. En el clásico de la literatura política, *Sobre la Libertad*, Stuart Mill sostiene que “(...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente”¹⁴⁸. Ninguna autoridad puede obligar a una persona para realizar ciertos actos porque considera que serán positivos para su vida, que lo harán alcanzar la plena felicidad o porque estadísticamente gozará de un mayor beneficio, más allá del diálogo y la persuasión, la persona no podrá ser obligada¹⁴⁹.

147. HAKANSSON NIETO: *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica, Lima, 2009, pp. 422-423.

148. Cfr. STUART MILL, John: *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p.65.

149. Véase. STUART MILL: *Sobre la Libertad...*, p.65.

La presencia de un capítulo de derechos sociales, como es el caso de la Constitución peruana, y tendencia común de las constituciones iberoamericanas en su tránsito al Estado Social, no debe perder de vista que la bien intencionada decisión de constitucionalizar estos derechos puede volverse contra la propia idea, sentido y finalidad de la Constitución para la percepción del ciudadano común, más cercano a leer su periódico por la mañana del domingo que ha discutir temas de carácter *ius natural*, pues, en la práctica, la eficacia de los derechos sociales dependerá de los recursos económicos presupuestales que cuente el Estado gracias a su recaudación fiscal¹⁵⁰; es más, un país tradicionalmente próspero puede verse azotado por una crisis global que le impediría cubrir todas las necesidades sociales comprometidas por su constitución desde décadas atrás, afectando inclusive el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Por eso, no parece tan descabellado, que los países paradigma del Estado de Bienestar, Canadá, Francia, Reino Unido y Suecia, no hayan incorporado un catálogo de derechos en su derecho constitucional, omitiendo el caso alemán por no ser tan longevo como los mencionados. Es conveniente detendremos para argumentar esta afirmación.

En el caso del Reino Unido, se ha mantenido un sistema de asistencia social desde comienzos del siglo XVII, con la promulgación de las primeras leyes de pobres. A comienzos del siglo XX se elaboró un sistema de seguros de enfermedad y desempleo, durante la década de los cuarenta se impulsó además el desarrollo de un sistema de seguridad social (Informe Beveridge, 1942) que, con ciertas reformas en la era de Margaret Thatcher, primera ministra, sigue vigente hasta hoy. En el Estado sueco, en cambio, se comenzaron las medidas de asistencia y seguridad social desde comienzos del siglo veinte, con un sistema de pensiones en casos de desempleo y vejez; pero es partir de la década de los años treinta cuando se consolida uno de los modelos de estado de bienestar más desarrollados; los cuáles, tanto en el Reino como en Suecia, no forman parte de su catálogo de derechos.

Como sabemos también, Francia cuenta también con un eficiente sistema de asistencia social, conocido con *État-providence*; en el caso francés, observamos que sí reconoce derechos sociales en su Constitución, pero no como parte de su articulado sino del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, inmediata anterior a la actual de 1958; una adhesión de los ciudadanos franceses a los derechos consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Finalmente,

150. En el mismo sentido, véase MARTÍNEZ ESTAY: *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales...*, p. 333.

Canadá tampoco cuenta con un listado de derechos sociales en su Constitución, así como tampoco ningún precepto que reconozca un Estado Social o, según la tradición británica, de *Welfare State*¹⁵¹. Se trata entonces de cuatro casos, Reino Unido, Suecia y Canadá con más claridad, que no han condicionado la vigencia de los derechos sociales sin no están expresamente reconocidos en su derecho constitucional.

Finalmente, la justiciabilidad de los derechos sociales debe defenderse siempre y debe ser universal, para todos los ciudadanos y no para un solo universo de ellos. Sin embargo, la dimensión, envergadura y gran sensibilidad entre los ciudadanos que tiene cualquier afectación, directa e indirecta, a las prestaciones reconocidas constitucionalmente puede verse amenazada en algún momento, como puede apreciarse en la actual crisis económica europea, y dar lugar a la necesidad de poder justificar medidas de ajuste temporal que conlleven a una manifiesta afectación de estos derechos, dado que su realización para garantizar la dignidad humana se sustenta en la recaudación fiscal suficiente para poder atenderlas, sin dejar de reconocer que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales deben tener igual observancia y vinculación jurídica en los todos poderes públicos¹⁵².

Desde un punto de vista realista, en la Constitución peruana, atendiendo al marco iberoamericano, sólo se ha llegado un alto grado de desarrollo conceptual en materia de reconocimiento de los derechos sociales, basado en la dignidad humana, producto de las resoluciones de su Tribunal Constitucional, pero su verificación no está plenamente garantizada a nivel nacional; desde el punto de vista ciudadano, la salud, seguridad social y educación privadas son las que en la práctica atienden las necesidades de los ciudadanos que precisamente tributan, sin esperar mucho del Estado, frente a las mismas demandas de los más necesitados pero que se atienden gracias a los programas sociales que progresivamente, y con deficiencias administrativas, implementan los sucesivos gobiernos.

151. En el caso del Canadá, sólo es posible encontrar alguna referencia a estas materias en la Carta canadiense de Derechos y Libertades, que es uno de los documentos que conforman su derecho constitucional; véase PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos: *En defensa de la Constitución...*, pp. 490-491.

152. HAKANSSON NIETO: *Curso de Derecho Constitucional...*, pp.. 422-423.



Segunda parte

**Derechos humanos y los elementos
para su interpretación judicial**



La interposición de Garantías Constitucionales durante los regímenes de excepción¹⁵³

I. Las expectativas de una Constitución y el realismo constituyente

Las constituciones fruto de una revolución o guerra civil pertenecen a la era jurásica del constitucionalismo. Hoy en día, los textos constitucionales contemporáneos nacen fruto de la discusión entre distintas fuerzas políticas que, asumiendo el encargo del poder constituyente (usualmente por medio de una consulta popular), elaboran un texto codificado con la finalidad de recoger la experiencia constitucional anterior y realizar otras propuestas, más de una fruto del derecho comparado (nuevas garantías constitucionales, régimen económico); más de una populista (mecanismos de consulta popular, derecho al agua y otros provenientes del llamado “derechos del buen vivir”); pero más importante que todas ellas, con el propósito de dotar de más competencias al ejecutivo sin necesariamente compensarlos con más controles políticos; una tendencia que termina por amenazar las libertades civiles y que terminan contaminando distintas instituciones, entre ellas los regímenes de excepción¹⁵⁴.

Como es de conocimiento, las disposiciones constitucionales establecidas para regular los regímenes de excepción, tienen la finalidad de describir estados o situaciones extraordinarias, muchas veces surgidas de modo imprevisible e irresistible para los gobernantes y la sociedad (por ejemplo, catástrofes naturales), circunstancias que las comunidades políticas afrontan en determinados momentos de su historia (por ejemplo, guerras civiles o conflictos armados internacionales); sin embargo, cuando se viven bajo un régimen democrático, el constituyente ha previsto unas disposiciones de naturaleza temporal para poder decidir las medidas a tomar y poder resolverlas, ya sea en parte o todo su territorio.

El realismo constituyente al momento de redactar una constitución se pone en todas las situaciones que la experiencia aconseja reparar¹⁵⁵; entre todas ellas, el

153. Una primera versión fue publicada en Gaceta Constitucional, N° 149, mayo 2020, pp. 29–36.

154. Los actuales casos de las constituciones de Venezuela, Bolivia, Nicaragua y Ecuador.

155. El trabajo de las asambleas constituyentes consiste en la revisión comparada de distintos textos constitucionales contemporáneos, observando las nuevas competencias asignadas al ejecutivo, la reformas a los mecanismos de control parlamentario, así como las nuevas garantías constitucionales, entre otras novedades al momento de redactar el primer borrador para someterlo a discusión.

deber de resolver una situación excepcional mediante una medidas de similar naturaleza responde al sentido común; como también que ellas deban durar temporalmente, pues, un régimen extraordinario no puede convertirse en estado ordinario para la vida democrática, una afirmación que también parece ajustada al más puro sentido común; sin embargo, cuando las mismas disposiciones constitucionales permiten restringir el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, el común de los sentidos nos dice que, jurídicamente, las razones y el grado de su restricción deberá ser el adecuado para no transgredirlos ni desnaturalizarlos en su contenido¹⁵⁶.

Las situaciones que estamos aludiendo llevan en nuestra constitución el nombre de regímenes de excepción¹⁵⁷. El Constituyente peruano ha establecido que pueden ser de dos tipos: emergencia y de sitio¹⁵⁸. El primero que se ocupa de aquellas situaciones producidas por la “perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación”; el segundo, en cambio, se decreta “en caso de invasión, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan”. En ambos casos, el presidente de la República, como titular del poder ejecutivo, pero en el marco de un control intra-órgano, requiere del acuerdo del Consejo de Ministros expresado mediante la institución del referendo¹⁵⁹, exigiéndose solamente la aprobación del Congreso en el caso de la prórroga de un estado de sitio; no obstante, como indicamos antes, la naturaleza de ambas medidas no puede desvirtuar su naturaleza excepcional.

Los constituyentes reconocen la necesidad de establecer los estados de excepción para evitar la improvisación, en caso que las situaciones extraordinarias exijan medidas del mismo grado, pero sería un error pensar que se trata de un paréntesis

156. De lo que se trata es que las medidas extraordinarias que tome el gobierno no afecten a los derechos humanos, al punto de dejar de significar la razón de su reconocimiento para la plena realización humana. El Tribunal Constitucional español nos dice que “hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”; cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 11/81.

157. Una expresión que entre los años setenta y noventa, antes de reconocer jurisprudencialmente el paradigma del estado constitucional de derecho en los estados iberoamericanos, sugería que era posible suspender el ejercicio de los derechos y libertades sin mayor observancia por parte del gobierno y pasividad ciudadana, solamente cumpliendo con los procedimientos previstos en los textos constitucionales.

158. En el derecho comparado también existe el estado de alarma, véase la Constitución española de 1978.

159. De acuerdo con el artículo 120 de la Constitución peruana, todo acto del Presidente de la República es nulo si carece de la firma de un ministro.

dentro de una democracia representativa, un conjunto de medidas “*off the record*” para ser tomadas y luego retornar al “*it’s a wonderful life*”, pues, las expectativas de la comunidad política bajo un estado constitucional de derecho siempre serán más elevadas: la permanente observancia y protección a los derechos fundamentales y principios de buen gobierno, que no admite la arbitrariedad de ninguna autoridad, funcionario o persona.

II. El contenido de los regímenes de excepción.

Como adelantamos, las disposiciones que regulan los regímenes de excepción, concretamente el estado de emergencia, establecen la posibilidad de restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad individual e inviolabilidad de domicilio, así como los derechos a elegir lugar de residencia, tránsito y reunión¹⁶⁰.

La lectura del inciso (1) del artículo 137 de la Constitución debe concordarse con su artículo 200, que establece que “[e]l ejercicio de las acciones de hábeas corpus y amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción (...)”, estableciendo además que “[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”. El órgano jurisdiccional aludido por la Constitución peruana consta de dos etapas diferenciadas pero complementarias. La primera a cargo de los jueces ordinarios, que conocen las acciones de garantía para la protección de los derechos fundamentales; la segunda, se encontrará a cargo de Tribunal Constitucional, que conocerá mediante un recurso extraordinario las acciones denegatorias de garantía para la protección de las libertades. En ambas etapas, los jueces deberán motivar si las restricciones a los derechos fundamentales han pasado los test de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, si las medidas decretadas por el ejecutivo fueron necesarias e idóneas, y que no existieron otras medidas menos gravosas para la integridad de la persona humana.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad mencionados se convierten en dos criterios, o herramientas, para una correcta interpretación de las disposiciones constitucionales, especialmente bajo el paradigma del llamado Estado Constitucional de Derecho; es decir, si los derechos fundamentales son bienes humanos, cuotas de perfección de la naturaleza humana que contribuyen a su plena realización

160. Véanse los incisos, 9, 11, 12 y 24 (f) del artículo 2 de la Constitución de 1993.

como persona¹⁶¹, que a su vez han sido reconocidas constitucionalmente, la acción u omisión cometida por cualquier autoridad, funcionario o persona se encuentra llamada a respetarlos para conservar la plena integridad humana¹⁶²; en ese sentido, cualquier acto de la autoridad en el ejercicio de sus competencias, ya sea expedir una norma o cualquier decisión gubernativa, si carece de razón o resulta desproporcionada, que amenace o afecta el pleno ejercicio de los derechos y libertades resultará contraria al orden constitucional. Por eso, incluso para decretar un estado de emergencia, la restricción o suspensión del ejercicio de ciertos derechos humanos, debe guardar la debida proporción a las graves circunstancias que atraviesa la nación para que sea reconocida como razonable, es decir, para que no se vean afectados los derechos y libertades de modo arbitrario, pudiendo haberse aplicado medidas más idóneas para afrontar una circunstancia excepcional¹⁶³.

161. Como explica Castillo Córdova, “[u]na consecuencia necesaria de que el Derecho tome en cuenta a la persona humana es la figura de los derechos humanos, los cuales (...) pueden ser ya definidos con el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho, es decir, han de ser reconocidos y garantizados jurídicamente. Definidos así los derechos humanos, podremos llegar a saber cuáles si atendemos a los bienes humanos que han de satisfacer necesidades humanas que brotan de la naturaleza humana”; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del Derecho” en *Foro jurídico: Revista de Derecho*, N°7, 2007, pp. 4 a 5.
162. Es prudente citar a Stuart Mill cuando nos dice que “(...) una persona puede causar daño a otras no sólo por su acción, sino por su omisión, y en ambos casos debe responder ante ella del perjuicio. Es verdad que el caso último exige un esfuerzo de compulsión mucho más prudente que el primero, Hacer a uno responsable del mal que haya causado a otro es la regla general; hacerle responsable por haber prevenido el mal, es comparativamente, la excepción”; cfr. STUART MILL: *Sobre la Libertad...*, p. 67.
163. Al respecto, el Tribunal Constitucional nos dice que “(...) el establecimiento de un régimen de excepción está sujeto a determinados requisitos o parámetros. Así, por ejemplo, en la STC N° 0017-2003-PI/TC, se mencionaron que existen dos condiciones para que los regímenes de excepción cuenten con legitimidad: a) Que su otorgamiento se produzca cuando se acredite que el orden institucional y la seguridad del Estado se encuentran en severo peligro. En ese contexto, deben haberse presentado condiciones políticas, sociales y económicas o de fuerza mayor provenientes de la naturaleza, que no pueden ser controladas a través de los medios ordinarios con que cuenta el Estado; b) Que la aplicación de las medidas extraordinarias tenga carácter temporal, es decir, que no se extienda más allá del tiempo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional y, por tanto, de la vigencia rediviva de la normalidad ordinaria del Estado”. Continuando con dicho razonamiento, debemos concluir que, ciertamente, y aunque la disposición mencione que el Poder Ejecutivo deberá rendir cuentas solamente al Congreso de la República y que el juez no podrá cuestionar la vigencia del régimen de excepción; existe un razonable y justificado interés público por ejercer control social sobre las decisiones de la Administración Pública, más aún en aquellos supuestos en los que dichas decisiones implican la restricción de derechos fundamentales, como efectivamente ocurre en los regímenes de excepción. Por ello, si tomamos en consideración que en el caso concreto, el estado de emergencia fue declarado en todo el territorio nacional; existe por demás un interés en conocer si existieron, realmente, motivos suficientes para adoptar una decisión de tal magnitud, o si, por el contrario, bajo pretexto de un clima de inestabilidad y alteración del orden público en determinadas zonas del país; se optó por la medida desproporcionada, es decir, por comprender dentro del régimen de excepción a aquellos lugares en los que el grado de perturbación del orden interno no revestía de una gravedad que justificara su inclusión en dicho régimen”; cfr. Exp. N° 01805-2007-HD/TC (FJ 3-5).

Si las acciones de garantía constitucional (hábeas corpus y amparo) pueden interponerse contra la suspensión o restricción de los derechos fundamentales bajo el estado de emergencia, se comprende que los ciudadanos no han girado al jefe de estado un “cheque en blanco” para la restricción o suspensión de los derechos humanos y, si somos más estrictos, dada la razonabilidad y proporcionalidad exigidas al momento de decretar los estados de excepción, consideramos que bajo ningún caso podrían suspenderse sino solamente restringirse, en espacio y tiempo, tratándose de una grave amenaza que perturbe la paz de una comunidad política. De esta manera, restringir, temporalmente, las libertades de tránsito y reunión y zonas decretadas en emergencia resulta razonable y proporcionado, de modo similar tratándose de las consecuencias de un desastre natural (sismo, inundación, incendio forestal, epidemia, etcétera) o en zonas ocupadas por la violencia terrorista¹⁶⁴. En conclusión, la restricción de ejercicio de ciertos derechos fundamentales tiene la finalidad de proteger la integridad de la persona humana; siempre y cuando se trate de una medida que responda a una decisión razonable y proporcionada en espacio y tiempo¹⁶⁵.

La Constitución dispone que bajo un estado de sitio los derechos fundamentales no pueden restringirse ni suspenderse; sin embargo, bajo el mismo criterio, si se encuentra en juego la integridad humana de civiles fruto de un conflicto armado internacional o una guerra civil, el jefe de estado está llamado a tomar las medidas que sean necesarias para preservar la integridad humana; por ejemplo, restringiendo la

164. El Tribunal Constitucional interpreta que el derecho de reunión no puede restringirse por sospechas, peligros infundados o arbitrarios. Las razones deben ser objetivas, suficientes y motivadas; véase Exp. N°4677-2004-PA/TC.

165. En sentido similar, el Tribunal Constitucional sostiene sobre las “(...) situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.

Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones se da precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado”; cfr. Exp. N°03482-2005-HC (FJ 5-12).

libre circulación en las zonas donde actúan las fuerzas del orden policiales o militares para nuestra defensa y restablecimiento del estado de derecho, las cuáles constituirían medidas idóneas. En este caso, vemos que la disposición constitucional positivizada no se ajusta con el origen *ius* natural de los derechos humanos; con lo cual, la máxima jurisdicción constitucional y su fuerza correctora deberá brindarnos una interpretación armonizadora con el resto de disposiciones constitucionales. Para lograrlo, es necesario echar a mano los principios de interpretación que permitan una cabal e integral comprensión constitucional sobre los límites implícitos de los regímenes de excepción.

III. La judicatura bajo un régimen de excepción

La última frase del artículo 200 de la Constitución peruana establece que a los jueces no les corresponde cuestionar la declaración de los regímenes de excepción, una disposición cuyo contenido debe interpretarse de acuerdo con los principios que inspiran un estado constitucional de derecho, es decir, que a la judicatura no le corresponde pronunciarse sobre la decisión política del gobierno para decretar el estado de emergencia o de sitio, es lo que en el derecho anglosajón se conoce como la no intervención en las *political questions*, es decir, que los jueces no deben de judicializar la política¹⁶⁶; sin embargo, conservan su competencia al momento de administrar justicia, correspondiéndoles motivar sus resoluciones sobre los derechos que hayan sido amenazados o vulnerados como producto de la adopción de un régimen de excepción¹⁶⁷; en resumen, los jueces no cuestionan lo “que deciden hacer los políticos” para la marcha del buen gobierno sino el “cómo deciden hacerlo”, si al ejecutar sus medidas vulneran o afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Si al decretarse un estado de excepción e interponerse seguidamente una acción de garantía, los jueces evidencien que uno o más derechos hubiesen sido restringidos de modo irracional o desproporcionado, afectándose así su contenido constitucionalmente protegido, resolver lo contrario sería admitir que existen claras zonas

166. En la actualidad se trata de un impedimento que está empezando a cambiar en la práctica, concretamente, en el desarrollo de la política contemporánea; por ejemplo, la intervención de la Judicatura inglesa respecto a la salida del Reino Unido de la Unión Europea (*Brexit*), nos parece el pronunciamiento sobre una *political question* que ha cruzado la frontera, claramente definidas, entre el ejercicio de la política y la aplicación del derecho.

167. Véase además véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (coordinador): *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 359-370.

de indefensión a los derechos fundamentales en el propio texto constitucional. Una interpretación que es válida tanto para la jurisdicción ordinaria como la ejercida por el Tribunal Constitucional, como última y definitiva instancia nacional para resolver las acciones denegatorias de hábeas corpus y amparo, cuando se trate de resolver un proceso constitucional contra uno o más derechos afectados producto de un estado de excepción¹⁶⁸.

IV. Los derechos fundamentales no se suspenden bajo un estado de excepción

La respuesta a la pregunta formulada se puede inferir a lo largo del desarrollo del presente trabajo. Los derechos fundamentales no pueden quedar suspendidos, lo contrario es una clara inconstitucionalidad a consecuencia de un acto de gobierno arbitrario, incluso ejercido por medio de un decreto supremo válidamente emitido, pero que afecta el principio de unidad por el que deben responder las disposiciones constitucionales, el principio de efecto vinculante para toda autoridad, funcionario o persona, que admite un examen judicial que evalúe su razonabilidad y proporcionalidad por medio de las acciones de garantía; por contravenir además el principio de corrección funcional y, para mayor abundamiento, la máxima protección y cuidado de la integridad humana, especialmente bajo los regímenes de excepción (*favor libertatis o pro personae*).

Durante el estado de sitio, debería poder restringirse los derechos fundamentales si su necesidad extraordinaria obligue a restringir la libertad individual e invio-

168. El Tribunal Constitucional, en concordancia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que "(...) no cabe, en ninguna circunstancia (ni aun durante los estados de excepción), desconocer el derecho de toda persona a recurrir a los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus frente a toda vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución del Estado, como manifestación concreta, a nivel interno, del derecho humano de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales", en los términos del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto más, cuando las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculadas con la violación del artículo 25 de la Convención –en particular, la expedida en el Caso Yatama vs. Nicaragua– y sus opiniones consultivas sobre la misma materia, resultan vinculantes para el Estado peruano, y que al formar parte del ordenamiento jurídico nacional, según el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, desconocer dichas resoluciones internacionales podría significar una infracción constitucional o, peor aún, un delito de función, conforme al artículo 99 de la Norma Fundamental. Así también se han manifestado, tanto el procurador del Congreso de la República, como el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, en el sentido de que el proceso de amparo constituye un recurso efectivo frente a una eventual violación de los derechos fundamentales por parte del Jurado Nacional de Elecciones en los términos del artículo 25 de la Convención Americana"; cfr. Exp. N°00007-2007-AI/TC (FJ 41).

labilidad de domicilio, así como los derechos a elegir lugar de residencia, tránsito y reunión¹⁶⁹, por tratarse de medidas idóneas y temporales que los jueces consideren racionales y proporcionadas a la amenaza o perturbación de la paz, del orden interno, catástrofe, invasión guerra exterior, guerra civil o peligro inminente que se produzcan.

El impedimento para suspender el ejercicio de los derechos humanos bajo regímenes de excepción por las razones expuestas, es una posición minoritaria si la comparamos con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva, cuando nos dice que la suspensión de garantías comporte “(...) la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse”¹⁷⁰; un supuesto de buena voluntad que no se corresponde a lo vivido por las víctimas en los estados que han padecido los atentados de la violencia terrorista.

El máximo intérprete y defensor judicial de la Constitución tiene la posibilidad de formular un precedente vinculante que contenga una norma constitucional adscripta¹⁷¹, la cual permita una cabal comprensión a la protección a los derechos humanos, amparado en el principio de interdicción a la arbitrariedad y despejando las dudas sobre la existencia de eventuales zonas de indefensión a los derechos fundamentales presentes en los regímenes de excepción.

V. Los regímenes de excepción y el concurso principios para su correcta aplicación

El deber del Estado para evitar la propagación del covid-19 demanda tomar unas medidas excepcionales previstas en la Constitución. La coyuntura que aludimos lleva el nombre de regímenes de excepción y pueden ser de varios tipos: emergencia, de sitio y alarma. El primero, se ocupa de afrontar circunstancias de grave “perturbación de la paz, del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación”; el segundo, en cambio, se decreta “en caso de invasión, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan”. El estado de alarma parece más adecuado tratándose un peligro latente de no tomarse las debidas precauciones cuando se

169. Véanse los incisos, 9, 11, 12 y 24 (f) del artículo 2 de la Constitución de 1993.

170. Cfr. Opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-8/87 del 30 de enero de 1987, apartado 24.

171. De acuerdo con Alexy, “las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas”; cfr. DWORKIN, Ronald: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.70

trata de una crisis sanitaria que avanza en la medida que, tanto los ciudadanos como el aparato estatal no tomen acciones conjuntas y coordinadas para contener su extensión en el territorio. La experiencia vivida debería promover una reforma constitucional que actualice un nuevo régimen de excepción.

La interpretación que realicemos sobre el contenido y alcances para aplicar los regímenes de excepción, no puede dar como resultado la suspensión de los derechos fundamentales, su falta de protección sería una clara inconstitucionalidad ejercida por un gobierno arbitrario, incluso se trate de un estado de emergencia aprobado por un decreto supremo válidamente emitido. La razón es que las disposiciones constitucionales poseen un efecto vinculante para toda autoridad, funcionario o persona, es decir, se trata de disposiciones que deben ser observadas y cumplir efectos jurídicos permanentes. Por eso, la necesidad de establecer los regímenes de excepción impide al estado actuar al margen de la constitucionalidad, pues, las expectativas de la comunidad política en un estado democrático siempre serán más elevadas que bajo un régimen dictatorial. De esta manera, a pesar de las actuales circunstancias que nos aquejan y ponen a prueba como nación, los derechos fundamentales como la libertad individual, de tránsito, reunión e inviolabilidad de domicilio sólo pueden restringirse, temporalmente, pero siempre bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad para no transgredirlos ni desnaturalizarlos. Finalmente, el estado de emergencia declarado no puede exceder los sesenta días, su prórroga requerirá la expedición de un nuevo decreto.

El principio rector para una adecuada interpretación de las disposiciones constitucionales es la dignidad humana y su defensa como fin supremo de una sociedad y del estado¹⁷², complementada por los principios de unidad, aplicabilidad directa, corrección funcional y *favor libertatis o pro personae*. El reconocimiento de derechos y libertades a la persona humana, revela un estatus o condición especial respecto al resto de criaturas vivientes sobre la tierra y que sólo se comprende a través del principio de dignidad, el cual irradia todas las disposiciones constitucionales y legales existentes para un ejercicio legítimo del gobierno civil; desconocerlo nos llevaría a la conclusión que los derechos fundamentales son un invento libremente reconocido por el estado y que, en ciertos casos, puede restringirse o suspenderse sin mayor consideración a la especie humana; es decir, como son otorgados por el estado también pueden, a su antojo, ser suprimidos por él.

172. El reconocimiento a la dignidad humana se constitucionalizó por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, más de una constitución de la postguerra también la ha reconocido como fundamento de los derechos humanos (por ejemplo, la Constitución española de 1978, Constitución polaca de 1997); véase el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993.

A modo de ejemplo, la redacción del artículo 137 de la Constitución peruana establece dos estados de excepción, emergencia y de sitio, pero observamos una incoherencia al momento de decretarse por el gobierno atendiendo a concretas circunstancias. La norma constitucional dispone que si se trata de un estado de emergencia, llámese una catástrofe natural o peligro que ésta se produzca (sismo, inundación, incendio incontrolado de un bosque, etcétera), se puede decretar la “suspensión” o restricción en el ejercicio de determinadas libertades; pero si lo decretado fuese un estado de sitio a consecuencia de una invasión, guerra civil o exterior, que supone un estado de alarma y potencial riesgo de víctimas civiles, el ejercicio de las libertades no pueden “suspenderse” y tampoco restringirse; en otras palabras, para situaciones de emergencia por causas naturales los derechos pueden restringirse o suspenderse, pero tratándose de un peligro a escala nacional, como un conflicto armado, el ejercicio de los derechos ni siquiera puede restringirse temporalmente con la finalidad de proteger la integridad humana.

En ambas situaciones, sea bajo un estado de emergencia o de sitio, la restricción temporal de determinados derechos humanos no tiene por finalidad afectar la realización humana sino todo lo contrario; precisamente, en aras de la defensa de la persona el gobierno requiere proteger su integridad restringiendo temporalmente determinados derechos, que pudiesen interferir con su acción para atender y resolver las causas que motivaron la necesidad de su restricción; sin embargo, estamos en desacuerdo con la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales, pues, difícilmente se podría concebir como una medida razonable y proporcionada para atender a la solución de las causas para decretar un régimen de excepción¹⁷³.

Si bien la motivación de estas líneas se inspira en el estado de emergencia decretado por el gobierno ante la pandemia del covid-19, una parte del Estado peruano vive bajo un permanente régimen de excepción sin tomar debida consciencia de la realidad actual. Nos referimos a la zona ubicada en el Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (en adelante Vraem), lugar en el que se encuentra la cuenca cocalera más

173. Bajo un estado de emergencia, si somos realistas, las consecuencias de una catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación, como la violencia terrorista, producirán los mismos efectos e indiferentes a la decisión política de restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales; sin embargo, por principio, una suspensión siempre resultará más gravosa para la defensa de la persona y su dignidad, por eso consideramos más razonable y proporcional una restricción temporal a las libertades señaladas en el inciso (1) del artículo 137 de la Constitución peruana, con el fin de recuperar el orden interno; no obstante, el dilatado estado de emergencia en la zona del Vraem, producto de continuas prórrogas mediante decretos supremos ha dado lugar a un régimen ordinario en vez de excepcional.

grande del Territorio peruano. Una zona bajo un permanente estado de emergencia donde remanentes de grupos terroristas operan en complicidad con el narcotráfico, en la cual se ha decretado suspender el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos bajo este tipo de régimen de excepción, disponiendo que el comando conjunto de las fuerzas armadas asuma el control del orden interno¹⁷⁴.

Es momento de mencionar los principios de interpretación que concursan al momento de decretar un régimen de excepción: unidad, aplicabilidad directa, corrección funcional y *favor libertatis*, los cuáles explicamos a continuación:

A) El principio de unidad de las disposiciones constitucionales

El principio de unidad nos recuerda que la Constitución, a pesar de su codificación, es un cuerpo que contiene entre todas sus disposiciones una misma idea: la sumisión del ejercicio del poder al derecho¹⁷⁵, que jurídicamente puede comprenderse como un instrumento que contiene los principios de justicia material para la protección de la persona y el buen gobierno. El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, fue la que quizá mejor concibió su composición unitaria, su estructura orgánica y dogmática indivisible, cuando nos dice que en toda sociedad carece de constitución cuando no reconoce los derechos humanos y la separación de poderes; en otras palabras, se reconoce todo o nada; no le faltó razón, pues, un texto que solamente reconozca derechos no se diferencia de un tratado internacional de derechos humanos; de modo similar, un documento que sólo contenga las instituciones políticas y sus relaciones inter y extra-órganos, no pasaría de un estatuto o instrumento de gobierno. El principio de unidad nos invita a interrelacionar las normas constitucionales como un todo orgánico, donde no existen compartimentos inconexos,

174. Al momento de culminar este trabajo se acaba de publicar en el Diario Oficial "El Peruano", del 30 de julio de 2018, el Decreto Supremo N°078-2018-PCM, dado el 27 de julio de 2018, prorrogando el estado de emergencia en distritos de las provincias de Huanta y La Mar (Ayacucho), de las provincias de Tayacaja y Churcampa (Huancavelica), de la provincia de La Concepción (Cusco) y de las provincias de Satipo, Concepción y Huancaayo (Junín).

175. "La Constitución antes que todo es un pacto de límites el poder para asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano, es la definición que suscribimos y que está en la línea de una visión clásica de la teoría constitucional, la cual recoge el pensamiento de Loewenstein, Friedrich, Kriele y Pereira Menaut"; cfr. HAKANSSON, Carlos: Curso de Derecho Constitucional, Palestra Editores, Universidad de Piura (colección jurídica), segunda edición, Lima, 2012, pp. 75 a 76.

exigiendo una interpretación sólida, integradora y orgánica entre todas sus disposiciones, las cuáles gozan del mismo origen y propósito, por tanto, no admiten contradicciones internas pues al momento de interpretarlas deben armonizarse unas con otras.

De acuerdo con el principio de unidad, no cabe interpretar las disposiciones referidas a los estados de emergencia y de sitio de modo distinto del resto de la constitución, pues nos conduciría a reconocer zonas de clara indefensión a los derechos y libertades; es decir, por un lado, se reconocería un catálogo de derechos fundamentales y, por otro, contrariamente, cabe su suspensión y restricción sin límites formales e inmanentes.

B) El principio de aplicabilidad directa

El principio de aplicabilidad directa, conocido también como normatividad directa, efecto directo o vinculante¹⁷⁶, es consecuencia del principio de supremacía, pues, resulta imposible pesar en una constitución que posea la fuerza vinculante suficiente para obligar su debida observancia a cualquier autoridad, funcionario o persona, sin que a su vez sea reconocida como la norma suprema de una comunidad política. La constitución se convierte en un instrumento de principios de justicia material y buen gobierno que deben observarse, por tanto, no cabe comprenderla como un documento que contiene disposiciones que a veces se cumplen y otras veces no; en ese sentido, tratándose de los derechos fundamentales, no es posible admitir su suspensión en ningún estado de excepción, sea de emergencia o de sitio, precisamente porque lo contrario significaría que la constitución podría dejar de vincular al poder público¹⁷⁷; en ese sentido, los jueces sólo podrían discutir la restricción de los derechos y libertades pero siempre recurriendo a los test de razonabilidad y proporcionalidad, para evitar su afectación y teniendo en cuenta su naturaleza excepcional en espacio y tiempo desde que son decretados.

La imposibilidad de suspensión de los derechos señalada en la Constitución peruana de 1993 para el estado de sitio, forma parte de un atributo implícito en la naturaleza de los derechos fundamentales, es decir, de los derechos humanos recono-

176. Para la corriente más kelseniana la expresión más difundida es normatividad directa, nosotros preferimos aplicabilidad directa que es de origen anglosajón (*direct enforceability*).

177. En el mismo sentido, véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: "¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales?" en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (coordinador): *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 359-361.

cidos constitucionalmente que no admiten zonas de indefensión, en concordancia con los principios aludidos de unidad y aplicabilidad directa.

C) El principio de corrección funcional

El principio de corrección funcional alude a las disposiciones constitucionales pertenecientes a su llamada parte orgánica, es decir, a las instituciones políticas (ejecutivo, legislativo y judicial principalmente) que, conforme con su grado de relación, dan lugar a la configuración práctica de su forma de gobierno (parlamentarismo, presidencialismo o semipresidencialismo). Se trata de un principio que responde al espíritu que dio origen a la separación de las funciones del poder, pensada por John Locke y difundida por Montesquieu, donde un poder no puede rebasar o invadir las funciones de otro. Se trata de unos controles que Loewenstein explicó como inter e intra-órgano, los primeros como las preguntas e interpelaciones dirigidas del legislativo al ejecutivo; las segundas, como el refrendo ministerial a los actos presidenciales para que sean válidos. El principio de corrección funcional también es útil para dirimir los conflictos de competencia surgidos entre los distintos entes territoriales de una forma de estado (federal, regional, comunidades autónomas, entre otras)¹⁷⁸.

El último párrafo del artículo 200 de la Constitución peruana, por ejemplo, establece que “[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional o competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”. El artículo transcrito hace clara alusión a los regímenes de excepción reconocidos, así como el deber de la judicatura para observar si fueron decretados con la debida razón y proporción para que no quede afectado el contenido constitucionalmente protegido de los derechos que han sido restringidos¹⁷⁹. Se trata de un control intra-órgano que ejercen los jueces

178. El mismo autor señalaba que bajo esta segunda categoría se entienden aquí aquellos controles que operan entre la totalidad de los titulares del ejercicio de las funciones del poder establecidos constitucionalmente, y encargados de dirigir el proceso gubernamental, y todas las otras fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual, véase LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 232 a 233.

179. Sobre la relación entre los regímenes de excepción y el principio de separación de poderes, el Corte Interamericana de Derechos Humanos nos dice en una opinión consultiva que “(...) la decisión para decretar un estado de excepción no solo radica sobre quien es el competente para tomarla, sino que esta figura ha ido evolucionando con el fin de respetar el principio de equilibrio de poderes. Por esta razón, la declaratoria exige una fundamentación (político-jurídica) y un progresivo sistema de rendición de cuentas, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el político. Si bien la declaratoria de un estado de excepción conlleva a una temporal concentración de poder, esta se encuentra circunscrita al derecho”; cfr. Exp. N°00002-2008-AI/TC (FJ 18-26).

contra el ejecutivo, producto de la interposición de una demanda de hábeas corpus o amparo, como consecuencia de la afectación de la libertad individual, la inviolabilidad de domicilio o los derechos de tránsito o reunión, respectivamente.

D) El principio de *favor libertatis*

El principio de *favor libertatis* o *pro personae* nos recuerda que en el comienzo y fin del derecho se encuentra la persona humana, una idea especialmente afirmada cuando se formula desde la teoría constitucional; desde este punto de vista, el principio de dignidad que posee todo ser humano y que lo hace titular de unos derechos (bienes humanos), se interpretan siempre con espíritu promotor y efecto expansivo, al punto que los derechos fundamentales son de contenido abierto al momento de interpretarse en un caso concreto; en otras palabras, si las disposiciones de naturaleza orgánica se interpretan restrictivamente, con el fin que no se desborden, las dogmáticas se harán de modo expansivo porque su fuente principal es la dignidad humana. Por eso, en lo que respecta a los regímenes de excepción, no cabe interpretarse que los derechos fundamentales puedan restringirse o suspenderse sin que el juez pueda, a través del hábeas corpus o amparo, advertir que se han vulnerado los derechos y libertades de modo irracional y desproporcionado.

VI. El papel de la judicatura bajo un régimen de excepción

A los jueces no les corresponde cuestionar la declaración de los regímenes de excepción, una disposición cuyo contenido debe interpretarse de acuerdo con los principios que inspiran un estado constitucional de derecho, es decir, que a la judicatura no le corresponde pronunciarse sobre la decisión política del gobierno para decretar el estado de emergencia o de sitio, es lo que en el derecho anglosajón se conoce como la no intervención en las *political questions*, es decir, que los jueces no deben de judicializar la política¹⁸⁰; sin embargo, conservan su competencia al momento de administrar justicia, correspondiéndoles motivar sus resoluciones sobre los derechos que hayan sido amenazados o vulnerados como producto de la adopción de un régimen de excepción¹⁸¹; en resumen, los jueces no cuestionan lo “que deciden hacer

180. En la actualidad se trata de un impedimento que está empezando a cambiar en la práctica, concretamente, en el desarrollo de la política contemporánea; por ejemplo, la intervención de la Judicatura inglesa respecto a la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit), nos parece el pronunciamiento sobre una *political question* que ha cruzado la frontera, claramente definidas, entre el ejercicio de la política y la aplicación del derecho.

181. Véase además véase CASTILLO CÓRDOVA: ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales?... pp. 359-370.

los políticos” para la marcha del buen gobierno sino el “cómo deciden hacerlo”, si al ejecutar sus medidas vulneran o afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales y el debido proceso.

Si al decretarse un estado de excepción e interponerse seguidamente una acción de garantía, los jueces evidencien que uno o más derechos hubiesen sido restringidos de modo irracional o desproporcionado, afectándose así su contenido constitucionalmente protegido, resolver lo contrario sería admitir que existen claras zonas de indefensión a los derechos fundamentales en el propio texto constitucional. Una interpretación que es válida tanto para la jurisdicción ordinaria como la ejercida por el Tribunal Constitucional, como última y definitiva instancia nacional para resolver las acciones denegatorias de hábeas corpus y amparo, cuando se trate de resolver un proceso constitucional contra uno o más derechos afectados producto de un estado de excepción.

VII. ¿Se pueden suspender los derechos fundamentales bajo un estado de excepción? Razonabilidad y proporcionalidad.

Los derechos humanos son fines en sí mismos y no medios susceptibles de sacrificarse para un fin diferente. El contenido de cada derecho es limitado pero ilimitable por el legislador o juez. Los derechos reconocidos por la Constitución sólo contienen una formulación que inicia la discusión en los parlamentos y los tribunales de justicia para delimitación, es decir, para determinar cuál es el alcance de cada derecho, su aplicación razonable y contenido bajo una concreta circunstancia. En estos momentos, ante una emergencia sanitaria producto del covid-19, surgieron voces sosteniendo la necesidad de restarle vigencia a unos derechos por otros, se considera que pensar políticamente en una medida distinta resulta irreal e irresponsable al bien común. Por eso, bajo una situación que pretender colocarlos al límite, la respuesta que brinda un estado organizado bajo principios constitucionales es señalarnos el camino para armonizar una coyuntura de emergencia con el ejercicio de los derechos fundamentales. Si los regímenes de excepción están previstos en los textos constitucionales, resulta posible restringir los derechos con una mayor intensidad que bajo condiciones de normalidad sin que ello justifique su amenaza o violación. Se trata de restricciones excepcionales aceptadas si se relacionan con un fin relevante, por ejemplo, evitar los contagios masivos por coronavirus, cuando no sea posible aplicar un medio más eficaz para ese fin, a pesar del costo que supondrá para la plena vigencia de los derechos fundamentales.

El respeto del principio de proporcionalidad se convierte en una condición necesaria para que las restricciones a los derechos no violen los principios rectores del estado constitucional. La conocida frase, “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”¹⁸², la declaratoria de un estado de emergencia y sus prórrogas debe poner en alerta a la ciudadanía, pues, las decisiones políticas sin adecuados controles producen la tentación de sacrificar, irrazonable y con desproporción, derechos como la intimidad, privacidad, libre expresión con la pretensión de proteger la salud provocando un menoscabo a las libertades ciudadanas¹⁸³.

La respuesta a la pregunta formulada se puede inferir a lo largo del desarrollo del presente trabajo. Los derechos fundamentales no pueden quedar suspendidos, lo contrario es una clara inconstitucionalidad a consecuencia de un acto de gobierno arbitrario, incluso ejercido por medio de un decreto supremo válidamente emitido, pero que afecta el principio de unidad por el que deben responder las disposiciones constitucionales, el principio de efecto vinculante para toda autoridad, funcionario o persona, que admite un examen judicial que evalúe su razonabilidad y proporcionalidad por medio de las acciones de garantía; por contravenir además el principio de corrección funcional y, para mayor abundamiento, la máxima protección y cuidado de la integridad humana, especialmente bajo los regímenes de excepción (*favor libertatis o pro personae*).

En el estado de sitio debería poder restringirse los derechos fundamentales, si su necesidad extraordinaria obligue restringir la libertad individual e inviolabilidad de domicilio, así como los derechos a elegir lugar de residencia, tránsito y reunión¹⁸⁴. La razón es por tratarse de medidas idóneas y temporales que los jueces consideren racionales y proporcionadas a la amenaza o perturbación de la paz, del orden interno, catástrofe, invasión guerra exterior, guerra civil o peligro inminente que se produzcan.

El impedimento para suspender el ejercicio de los derechos humanos bajo regímenes de excepción por las razones expuestas, es una posición minoritaria si la comparamos con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una opinión consultiva, cuando nos dice que la suspensión de garantías comporte

182. La célebre frase fue pronunciada por el historiador Lord Acton (John Emerich Edward Dalkberg Acton) en 1887, también conocida el *Odium de Acton*.

183. En el mismo sentido, véase el trabajo de CIANCIARDO, Juan: “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones” en *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, 2018, pp. 47-70.

184. Véanse los incisos, 9, 11, 12 y 24 (f) del artículo 2 de la Constitución de 1993.

“(…) la suspensión temporal del estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse”¹⁸⁵, un supuesto de buena voluntad que no se corresponde a lo vivido por las víctimas en los estados que han padecido los atentados de la violencia terrorista.

La jurisdicción constitucional del máximo intérprete y defensora de la constitucionalidad, a través de su fuerza correctora, tiene la posibilidad mediante un precedente de formular una norma constitucional adscripta que permita una cabal comprensión para la protección a los derechos humanos, amparado en el principio de interdicción a la arbitrariedad y despejando las dudas sobre la existencia de eventuales zonas de indefensión a los derechos fundamentales presentes en los regímenes de excepción.

La necesidad para decretar un estado de emergencia es la decisión de última ratio, culminadas las mesas de diálogo y comisiones de alto nivel que eventualmente se constituyan para un caso concreto. Como sabemos, este régimen de excepción permite una restricción más fuerte al ejercicio de determinadas libertades, como la seguridad personal, inviolabilidad domiciliaria, reunión y tránsito; una vez que la perturbación de la paz, orden interno y peligro cierto e inminente que se produzcan hayan alcanzado una magnitud que compromete la plena garantía de los derechos fundamentales.

Si al Estado Constitucional de Derecho le resulta imposible retornar a la normalidad bajo los medios ordinarios institucionales, debe recurrir a los instrumentos extraordinarios que acentúan la institucionalidad. Por eso, el decreto que declara el estado de emergencia debe comprenderse como una medida de alerta ciudadana y, a la vez, disuadir cualquier intención de manifestación vandálica contra la integridad personal, así como la propiedad pública y privada. El contenido del decreto advierte a la ciudadanía sensiblemente afectada que la garantía a determinados derechos fundamentales se pondrá en riesgo temporalmente, a la vez que las fuerzas del orden contienen su expansión con la autoridad para ordenar el cese de la violencia con medidas proporcionales.

El problema con los regímenes de excepción se origina cuando carecen de regulación como sí existe en otros estados democráticos (España). Una regulación que permita reconocer sus protocolos de actuación con la puesta en práctica de las medidas adecuadas, razonables y proporcionadas para retomar el control del orden interno.

185. Cfr. Opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-8/87 del 30 de enero de 1987, apartado 24.

Hacia la longevidad de los precedentes constitucionales¹⁸⁶

I. La propuesta de modificación

El derecho deja margen para la interpretación, pero no para la duda. Por eso los jueces no pueden dejar de administrar justicia. Una afirmación que nos lleva a concluir que el derecho, antes que la norma, es la interpretación judicial para realizar la justicia al caso concreto. No obstante, en la noble práctica de este ejercicio revestido de *auctoritas*, de esa autoridad socialmente reconocida que son los jueces, la prudencia de sus decisiones debe ser producto de una interpretación previsora de sus consecuencias. En el plano constitucional, es la interpretación la que precisamente ha convertido al máximo garante de los derechos humanos como un legislador en sentido positivo y productor de precedentes de observancia obligatoria para los operadores judiciales (conocidos como los precedentes vinculantes); sin embargo, dado que los precedentes son de origen anglosajón y, por tanto, judicialista, debemos recordar que deben ser pocos y longevos, y que las resoluciones judiciales son “prudencia del derecho” (jurisprudencia).

Luego de una introducción teórica en torno a los precedentes, la jurisprudencia vinculante, así como las reglas para cambiar un precedente y sus pautas interpretativas, nos detendremos en el anteproyecto de reforma al Código Procesal Constitucional (en adelante, el Código), publicado el 4 de septiembre de 2018, que ha planteado, entre sus principales propuestas de modificación, la necesidad de exigir no menos de cinco votos conformes para poder crear o cambiar un precedente vinculante del Tribunal Constitucional peruano¹⁸⁷. El interés regional hacia el primer código de esta naturaleza sobre procesos constitucionales, sin contar el aprobado para la provincia de Tucumán en Argentina, nos invita abordar el tema que proponemos.

186. La primera versión de este trabajo fue publicada en la *Revista Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tomo 39, marzo 2011, pp. 35-43.

187. Entre otras propuestas de modificación destacamos: 1) la incorporación de la urgencia en el listado de principios del Título Preliminar; 2) la obligación de observar los principios de interpretación *in favor processum y pro personae* en las distintas actuaciones de los procesos constitucionales; 3) en caso de improcedencia en virtud del artículo 7.2 del Código Procesal Constitucional, el juez o Tribunal Constitucional deberá precisar cuál es la vía igualmente satisfactoria a la que deberá acudir el litigante; y, 5) la legitimación activa de la persona jurídica en el hábeas data.

II. El precedente constitucional y la jurisprudencia vinculante.

El artículo VI del Código establece que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente.”. En ese mismo sentido, el precedente se define como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición efectos similares a la ley”¹⁸⁸. A diferencia del precedente, la jurisprudencia vinculante no liga o sujeta de un modo tan claro como la primera, pues será el juez quien determine los fundamentos a considerar en su fallo proveniente de una resolución anterior.

El precedente constitucional es la regla jurídica establecida expresamente por el Tribunal [Constitucional] que tiene la capacidad de convertirse en un parámetro normativo para los órganos judiciales y que por eso tiene efectos normativos generales. En cambio, si bien la jurisprudencia constitucional también vincula a los jueces, son ellos los que, prudentemente, adecuarán los fundamentos de aquellas resoluciones del Tribunal Constitucional que sean aplicables al caso concreto; con lo cual nos encontramos con una diferencia en cuanto a la forma y efectos jurídicos.

A) Las reglas para cambiar un precedente

Si el Tribunal Constitucional considera necesario apartarse de la doctrina constitucional precedente en sus resoluciones puede hacerlo acogiéndose a la técnica del *overruling* o cambio de precedente. De esta manera, el Tribunal no se queda vinculado, “atado”, por su propia jurisprudencia, sino que puede cambiarla en la medida que pueda argumentar esa necesidad, por tanto, no es una medida arbitraria. Se trata de una «recreación» del contenido de la Constitución pues al cambiar el precedente vinculante, como norma de desarrollo constitucional, se produce una especie de enmienda al texto constitucional. Si la doctrina negara esa posibilidad equivaldría a poner en duda el carácter de máximo intérprete de la Constitución. En el Derecho

188. Cfr. Exp. N°0024-2003-AI/TC (primera consideración previa). Sobre los efectos del precedente vinculante constitucional consideramos que ellos se equiparán a los de una norma constitucional que a los de una ley, pues dichos precedentes son considerados como normas constitucionales adscriptas, es decir, como normas de desarrollo constitucional gracias a la llamada jurisprudencia legislativa del Tribunal Constitucional.

estadounidense, por ejemplo, la regla del *stare decisis* posee una gran relevancia. El Tribunal Supremo es libre de separarse de sus propios precedentes vinculantes, como sostuviera uno de sus magistrados defensores, Louis Brandeis, nombrado juez del Tribunal Supremo en 1916, en una conocida *dissenting opinion*.

La reflexión del Juez Brandeis se convirtió en la justificación de un importante número de casos en los que el Tribunal Supremo norteamericano decidió otro rumbo constitucional¹⁸⁹. Sin embargo, la facultad para poder aplicar el llamado *overruling* sólo se sustenta bajo una especial justificación¹⁹⁰; por eso, cuando se investiga en torno al precedente en su ámbito natural, *Case Law*, el sistema que lo alberga es el resultado de un diálogo entre el Tribunal competente para crear los precedentes y los demás órganos judiciales que están sujetos a su vinculación y que deben aplicar esas reglas jurídicas. De acuerdo con lo anterior, una vez trasplantada la institución de origen anglosajón al Tribunal Constitucional peruano, el Código estableció las reglas tanto para el apartamiento como para la sustitución de un precedente vinculante. En primer lugar, se debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión de cambiar la regla jurídica; segundo, también expresar la razón declarativa y teleológica, *ratio decidendi*, e invocación preceptiva en que se sustenta su decisión; y, tercero, la determinación de sus efectos en el tiempo¹⁹¹.

El Tribunal Constitucional por medio de sus sentencias puede disponer de manera excepcional la aplicación del precedente vinculante para que cambie, o sustituya, uno anterior y para que rija de manera diferida en razón a la seguridad jurídica. El llamado *prospective overruling* entonces es una técnica que se propone no afectar en modo brusco la vinculación al precedente anterior sino más bien propiciar un periodo de adecuación al nuevo precedente constitucional¹⁹². Finalmente, si desde un punto de vista formal el precedente vinculante es lo que el Tribunal establece expresamente en sus sentencias, debemos reafirmar la voluntad del máximo intérprete de la Constitución para que este instituto sea utilizado con prudencia y bajo determinados límites; por ejemplo, que las razones suficientes, por su relación directa con la solución del caso, sólo sean materia de un precedente vinculante. El impedimento

189. El Presidente Woodrow Wilson nombró a Louis Dembitz Brandeis como magistrado de la Corte Suprema norteamericana y ejerció el cargo desde el 5 de junio de 1916 hasta el 13 de febrero de 1939.

190. Véase, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional" en *Foro*, nueva época, N° 3, 2006, pp. 28-29.

191. Véase el Exp. N° 0024-2003-AI/TC.

192. Véase el Exp. N° 0024-2003-AI/TC.

para imponer como precedente una regla jurídica como vinculante cabe cuando la interpretación constitucional admite otras opciones de solución¹⁹³.

B) Las pautas interpretativas a tener en cuenta para el cambio de un precedente

En el caso de las llamadas lagunas constitucionales, el papel creativo del juez constitucional se acentúa dado que, al no poder dejar de administrar justicia, tendrá que elaborar una norma faltante mediante la creación de una regla jurídica. Una hipótesis en la que el Tribunal actuará como una especie de “constituyente suplente”. El Tribunal tendrá que concretar continuos ejercicios de adaptación de la constitución, tanto respecto a los nuevos contextos de vida como a la variación de las creencias sociales, por eso la necesidad de expresar la razón suficiente que sustenta la voluntad de creación o cambio de precedente. Esa misión de adaptación de la Carta Magna a las nuevas realidades fue anunciada ya por el Juez Marshall en 1819 (caso *McCulloch versus Maryland*), tras señalar que la Constitución está destinada a perdurar en las eras futuras, y que, por consiguiente, tiene que adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos¹⁹⁴.

La interpretación constitucional que crea, modifica o cambia un precedente vinculante no puede ser imprevisora¹⁹⁵; pero aparte de todo lo dicho, el indudable contenido político de toda interpretación tiene el límite de hacer prevalecer la supremacía constitucional; un oficio que tiene un doble cometido, ya que no sólo consiste en tutelar la supremacía normativa sino también la supremacía ideológica, ya que las sentencias del juez deben afirmar principios, valores, así como reprimir los contrabandos ideológicos que puedan perpetrar los poderes constituidos.

193. “En derecho comparado, una técnica semejante, destinada a anunciar la variación futura de la jurisprudencia, es lo que en su versión sajona se denomina *prospective overruling*, es decir, ‘un mecanismo en base al cual cualquier cambio de orientación jurisprudencial (*overruling*) no adquiere eficacia para el caso decidido, sino sólo en relación a hechos verificados con posterioridad al nuevo precedente sentado en el *overruling*’; cfr. DUMET, David: “*Overruling* o revocación de precedente vinculante por el Tribunal Constitucional” en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Vol. 6, 2005, pp. 283-284.

194. En el caso *United States vs O'Brien* (1968), la Corte Suprema estadounidense sostiene que “(...) la distinción entre conducta y expresión no es muy útil. Después de todo, el habla es una forma de conducta”; véase BARNETT Randy; BLACKMAN, Josh: *An introduction to Constitutional Law. 100 Supreme Court cases everyone should know*, Wolters Kluwer, New York, 2020, p.13.

195. De acuerdo con Sagüés, la interpretación previsora presenta dos momentos, “[e]n el primero, el intérprete-operador detecta (descubre, prefiere, inventa, adapta, etc.) la norma constitucional con la que decide el caso. En el segundo, confronta su ‘producto interpretativo’ con la dimensión existencial o fáctica del derecho, a fin de ‘verificar las consecuencias’ o ‘medir los resultados’. Si el test sale exitoso, continúa el proceso de funcionamiento de la norma constitucional, y aplica el producto interpretativo descubierto o elaborado. Pero si el test es negativo por la desvaliosidad del producto, el juez del caso deberá recomenzar su tarea exegética hasta encontrar un producto interpretativo adecuado”; cfr. SAGÜÉS, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, 1998, p. 39.

V. Hacia la conservación del precedente vinculante. La propuesta de modificación al artículo séptimo del título preliminar

Llegados a este punto, la redacción y contenido del artículo sexto del título preliminar del Código establece que “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la cosa juzgada, constituyen en precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”; en ese sentido, la modificación propuesta por el grupo de trabajo busca dotar de longevidad a los precedentes añadiendo con un nuevo párrafo que “[e]n ambos casos, será necesario que la causa sea vista por el Pleno del Tribunal. La decisión debe adoptarse cuando menos con cinco votos conformes y ser estipulada en forma clara y precisa en la parte resolutive de la sentencia”; para finalizar diciéndonos que “[e]n los demás casos, la jurisprudencia ordinaria del Tribunal Constitucional orienta a los jueces en su interpretación de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos”¹⁹⁶.

La propuesta de modificación se inspira en la voluntad del legislador de afirmar las decisiones que el máximo intérprete de la constitucionalidad debe realizar al momento de decidir crear, o cambiar, el contenido de un precedente vinculante. La experiencia local ha evidenciado ciertas marchas y contramarchas del Colegiado constitucional respecto al nacimiento y vigencia, una tendencia que suele producirse cuando cambia la composición de los miembros del Tribunal que, de no tener cuidado, podría terminar afectando la seguridad jurídica y la predictibilidad del sistema de justicia.

Un ejemplo que explica la propuesta de reforma, se encuentra en la decisión del Tribunal para dejar sin efecto el precedente establecido en el caso Salazar Yarlen que contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que permitía a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, de carácter nacional, la atribución para inaplicar normas que consideren contrarias a la Constitución peruana¹⁹⁷. La resolución del Exp. N°04293-2012-PA/TC dejó sin efecto el precedente vinculante. Las razones de fondo del colegiado para dejar sin efecto el llamado control difuso administrativo, se resumen con dos argumentos. El primero

196. Cabe decir que el anteproyecto de reforma ha corrido la numeración de algunos artículos del código, pasando la citada disposición del artículo siete al ocho de su título preliminar.

197. Véase el Exp. N° 03741-2004-AA/TC, sentencia y aclaración, del año 2006.

que señala que la atribución a un órgano administrativo del gobierno para controlar la constitucionalidad de las normas emitidas por el Congreso, es una suerte de revisión administrativa de la constitucionalidad de las leyes que terminaría por afectar el principio de separación de poderes y, segundo, la naturaleza de la jurisdicción constitucional prevista en el derecho constitucional peruano (control concentrado y control difuso), es un sistema reservado para los órganos que cumplen una función jurisdiccional, comisionada por el poder constituyente, pero no para otros órganos que cumplen competencias claramente administrativas.

A semejanza de un organismo vivo, el Tribunal Constitucional peruano todavía se encuentra en un proceso de evolución, pues, a través de los años ha pasado de ser un legislador negativo, previsto por la Carta de 1993, a uno de carácter positivo gracias a la interpretación constitucional, especialmente por sus tipos de sentencias y los precedentes vinculantes¹⁹⁸. Las reformas del anteproyecto tienen como común denominador preparar al Código, surgido bajo la concepción inicial de un tribunal como legislador negativo, a un órgano de legislación positiva a través de sus sentencias, reforzando la necesidad de mantener su unidad y la firmeza de sus decisiones.

El Tribunal Constitucional peruano todavía es una institución joven en nuestro país, que busca por medio de sus resoluciones ganar espacio en un sistema político en formación, pero debe tener el cuidado de no afectar la estabilidad política, social y económica. Por eso, nos encontramos con una jurisdicción constitucional que desea consolidarse, progresivamente, por medio de sentencias interpretativas que deben ser siempre previsoras para la salud, armonía y estabilidad de todo el sistema jurídico y político¹⁹⁹. Finalmente, como sabemos, los jueces se pronuncian a través de sus sentencias, por eso, al tratarse de su exclusivo medio de comunicación, el contenido de sus resoluciones debe mantener el equilibrio institucional guardando la coherencia en el tiempo. El trabajo desplegado por los distintos plenos que ha tenido el Tribunal Constitucional debe ser un legado al siguiente, que sólo debe cambiar sus criterios

198. Se trata de una evolución que no es ajena a los países del primer mundo, como nos explica el profesor PEREIRA para el caso del Tribunal Constitucional alemán, “[c]on la pérdida de protagonismo del legislativo —que en Alemania nunca había sido tanto como la Cámara de los Comunes en el siglo XIX—, el incremento del poder del ejecutivo y el papel neutro del Presidente de la República, el Tribunal Constitucional se convirtió en el defensor de la Constitución y garantía de equilibrio entre los diferentes órganos constitucionales. En la práctica es, por tanto, uno de los principales contrapesos al excesivo protagonismo del Canciller (el otro son los Länder y el Bundesrat)”; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2003, p. 102.

199. Véase, HAKANSSON, Carlos: *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, Universidad de Piura, colección jurídica, segunda edición, 2012, p. 375.

interpretativos cuando se encuentren con circunstancias que sean nuevas y que, para poder atenderlas adecuada y razonablemente, sólo sea posible mediante un cambio de la línea jurisprudencial, siempre respetuosa y defensora de las libertades.

Los precedentes deben ser pocos y longevos, la modificación propuesta contiene esa finalidad. Es bueno recordar que una garantía que poseen los magistrados de la Suprema Corte estadounidense es que son nombrados para ejercer un cargo vitalicio, un modo de preservar una unidad de criterio que sólo puede cambiar con el paso del tiempo, pero siempre bajo circunstancias concretas y objetivas. En efecto, si sus criterios de interpretación se mantienen inalterables por mucho tiempo, debe ser cierta la frase con la que son reconocidos en el mundo judicial anglosajón: rara vez dimiten y nunca mueren²⁰⁰.

200. Véase, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, segunda edición, Andavira Editora, 2012, p. 111.



Tercera parte

Derechos humanos y *due process of law*



El Tribunal Constitucional y la aplicación del principio de Autonomía Procesal²⁰¹

I. El principio de autonomía procesal

Para el ejercicio de su misión de defender la constitucionalidad, el máximo intérprete goza del llamado principio de autonomía procesal que otorga capacidad para configurar, desarrollar, complementar, adecuar su proceso a través de su jurisprudencia y en concordancia con los fines del derecho procesal constitucional. Se trata de un principio que tuvo su origen en la jurisprudencia alemana que, debido a ciertos vacíos en la Ley del Tribunal Federal, tuvo que recurrir a “esta capacidad para la creación de principios y reglas procesales propias que supone una complementación judicial de la ley en el seno de un proceso concreto”²⁰². Una decisión que debe explicarse en el marco de los alcances del mismo principio que convierte a la Corte Suprema de Justicia, Sala o Tribunal Constitucional en “Señor” del proceso.

Con la finalidad de legitimar este principio desde la constitucionalidad partimos de la autonomía e independencia del máximo intérprete respecto al resto de las instituciones públicas y privadas²⁰³. El principio de autonomía procesal permite al “determinar, en atención a las circunstancias objetivas de cada caso, a resolver las consecuencias que puedan generar los efectos de sus sentencias y el contenido de estas”²⁰⁴;

201. Una primera versión de este trabajo fue publicada en Diálogo con la jurisprudencia, Tomo 231, diciembre 2017, pp. 16-22.

202. En el Derecho Constitucional alemán, por ejemplo, su Tribunal Federal ha sustentado este principio mediante un conjunto de premisas relativas a la reivindicación de su condición de “señor del proceso” (*Herr des Verfahrens*); o en otras donde se ha acentuado la particularidad del proceso constitucional, así como la existencia de lagunas en la regulación procesal constitucional; además, “[l]a configuración del proceso mismo queda sujeta, en buena parte, a la capacidad procesal del Tribunal para ‘fijarse’ sus propios límites (piénsese en el principio *iura novit curia* o en las propias lecturas que suele hacer el Tribunal a partir de la narración propuesta por las partes). El Tribunal ha encontrado, en más de una ocasión, una pretensión distinta o, en algunos casos, incluso ha podido ‘convertir’ un proceso de cumplimiento en amparo a efectos de dar ‘una mejor protección’ al recurrente. Estas ‘operaciones’ procesales del Tribunal han encontrado apoyo en la doctrina de Peter Häberle, quien se ha referido en feliz frase a la “autonomía procesal del TC”, que ha permitido abrir el camino para una verdadera innovación de sus propias competencias”; cfr. Exp. N°04119-2005-PA/TC (FJ 38)

203. CÓRDOVA MEDINA, Pablo Alexander: “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y procesos constitucionales” en *Gaceta Constitucional*, N° 45, Lima, 2011, pp. 321-322

204. Cfr. Exp. N°02609-2007-AA/TC (FJ 4).

sin embargo, está sujeto a ciertos cuestionamientos. Se sostiene que vulnera las normas procesales de orden público, que el Tribunal no debería contradecir las reglas procesales pues también se encuentra vinculado a cumplirlas, que hacerlo se debe considerar como un acto de autarquía, es decir, ante una suerte de “dictadura constitucional” ejercida por su máximo intérprete. Por eso la doctrina alemana, lugar de nacimiento de este principio, establece unos límites para su adecuado ejercicio²⁰⁵, los cuáles han sido recogidos en el derecho constitucional comparado.

A) El primero establece que la Estado se organiza según el principio de separación de poderes (principio de corrección funcional), lo cual condiciona al Tribunal para no ampliarse las competencias que le han sido conferidas por el orden constitucional. Se debe aclarar que el ejercicio de este principio no debe suponer una especie de “invasión” a las competencias legislativas del Congreso, en la medida que siga conservando su facultad para dictar leyes que puedan regular el mismo objeto sobre el cual la Sala o Tribunal Constitucional ha establecido algunas reglas procesales²⁰⁶.

B) El segundo límite es el carácter subsidiario en su regulación. Si la Sala o Tribunal Constitucional se encuentra al frente de una laguna o defecto en el proceso constitucional, tendrá que recurrir a la aplicación supletoria e integradora de los códigos procesales (Civil y Constitucional) que sean afines a la controversia. Solo en el caso de que la solución resulte incompatible con los fines de los procesos constitucionales el Colegiado se verá facultado para crear una nueva regla procesal.

C) El tercer límite es el principio de interdicción de la arbitrariedad²⁰⁷, por el que no se puede admitir la existencia de un órgano exento de control constitucional²⁰⁸. En ese sentido, si los fines naturales de los procesos de la libertad y la jerarquía normativa se resumen en garantizar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y tratados internacionales, a la luz de los principios de supremacía y aplicabilidad directa. Por eso, si el máximo intérprete incorpora reglas procesales sin fundamento, no acordes con los fines de los procesos constitucionales, se estaría vulnerando este principio.

205. Véase ETO CRUZ, Gerardo: “¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?” en ETO CRUZ, Gerardo: *Constitución y Procesos Constitucionales*, Tomo N° 2, Adrus Editores, Lima, 2013, p. 339.

206. LEÓN VÁSQUEZ, Jorge: “El Tribunal Constitucional y la configuración de su Derecho Procesal” en *Justicia Constitucional*, Año II, N°4, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 53.

207. El principio de interdicción de la arbitrariedad tiene la finalidad de impedir actuar o proceder de modo contrario a la justicia, la razón dentro de un Estado de Derecho; véase el Exp. N°0090-2004-AA/TC (FJ 12).

208. Véase ETO CRUZ: “¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?”, p. 339.

II. La incorporación del principio de autonomía procesal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional peruano presenta tres casos que resumen la incorporación del principio de autonomía procesal en la jurisprudencia:

A) En el caso Arellano Serquén de abril de 2004, con motivo de introducir el instituto del “estado de cosas inconstitucionales”, el Tribunal afirmó que es competente para fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales²⁰⁹.

B) En el caso Anicama de Julio de 2005, el Tribunal invoca expresamente su autonomía procesal para la creación de reglas de remisión del proceso de amparo al proceso contencioso administrativo. En su argumentación, el principio de autonomía procesal se sustenta en el principio finalista de los procesos constitucionales y el de adecuación de la formalidad a los fines del proceso, ambos enunciados en el Título Preliminar del CPC²¹⁰.

C) En el caso de Hoja de Coca de agosto de 2005, el Tribunal afirmó su condición de máximo intérprete, órgano supremo de la constitucionalidad y titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de su jurisprudencia²¹¹.

III. La aplicación del principio como medida prudencial

El principio de autonomía procesal permite al máximo intérprete constitucional “determinar, en atención a las circunstancias objetivas de cada caso, a resolver las consecuencias que puedan generar los efectos de sus sentencias y el contenido de estas”²¹². El Tribunal Constitucional puede ejercer tal potestad de creación por los siguientes motivos que exponemos a continuación:

A) La interpretación de normas procesales constitucionales. En estos casos se produce una creación por interpretación, pues, cuando las normas procesales presen-

209. Véase el Exp. N° 2579-2003-HD/TC.

210. Véase el Exp N° 1417-2005-AA/TC.

211. Véase, Exps. N° 0020-2005-PI/TC; N° 0021-2005-PI/TC (acumulados).

212. Cfr. Exp. N° 02609-2007-AA/TC (FJ 4).

tan indeterminaciones semánticas, sintácticas, gramaticales o si existen problemas de ambigüedad o vaguedad para su real comprensión y aplicación.

B) La integración de lagunas en normas procesales constitucionales. Se da recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo también de aplicación normas procesales afines para poder aplicarse al supuesto no previsto por las normas procesales constitucionales, produciendo una creación por integración.²¹³

C) La discrecionalidad judicial habilitada por las normas procesales constitucionales (creación por habilitación legal). El artículo 35 de la Ley Orgánica del TC alemán establece que el colegiado puede determinar en su sentencia quién la ejecuta, así como la forma y el alcance de la ejecución en el caso concreto.

D) La creación de normas procesales constitucionales. El principio de autonomía procesal tiene lugar aquí. Se produce una creación abierta, cuando un vacío legislativo es integrado a través de la creación de una norma procesal *ad hoc*, valiéndose al efecto de cualquier recurso diferente a la aplicación analógica de normas procesales ordinarias. Es aquí donde tiene lugar la creación normativa en mérito al principio de la autonomía procesal.

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Constitucional produce una norma complementaria al artículo 45 del CPC realizando²¹⁴, previamente, una reflexión que cito a continuación señalando que: "(...) viene observando como muy frecuentemente los justiciables no adjuntan la cédula de notificación. Aquello obliga a buscar en el sistema de consultas de expedientes del Poder Judicial el reporte cronológico de los procesos, a fin de encontrar la fecha en que se tomó conocimiento del acto lesivo (entiéndase resolución presuntamente inconstitucional) para verificar si la demanda fue presentada o no dentro del plazo legal. A pesar de ello, en algunas ocasiones no

213. El artículo IX del CPC establece que "[s]olo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios".

214. El artículo 45 del CPC establece que "[e]l plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento. (...) Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda es de treinta días hábiles y se inicia con la notificación de la resolución que tiene la condición de firme".

es posible verificar el momento en que se notificó la decisión judicial. Eso es lo que sucede con las resoluciones supremas casatorias, o cuando solo se consigna como dato en el sistema de consulta de expedientes la devolución de la cédula de notificación al juzgado sin indicarse la fecha de su recepción. Por tanto, se hace necesario precisar que los abogados litigantes se encuentran obligados, bajo sanción, a adjuntar la cédula de notificación de la resolución firme que pretenden impugnar; caso contrario, se inferirá que el amparo ha sido promovido fuera del plazo de los treinta días hábiles que el Código establece, y tendrá que ser desestimado”²¹⁵.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha precisado que, en las demandas de amparo contra resolución judicial, es necesario adjuntar la cédula de notificación de la decisión cuestionada. De lo contrario, los jueces deberán asumir que el amparo se interpuso fuera del plazo legalmente establecido. Así lo ha establecido el máximo intérprete en la RTC Exp N°05590-2015-PA/TC, mediante la que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por la Anglo American Trading Company contra los jueces de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que se solicitaba la nulidad de la resolución mediante la cual declararon infundado un recurso de casación.

El Tribunal Constitucional recordó que tanto en la STC Exp. N°03538-2013-PA/TC como en la RTC Exp. N°01213-2013-PA/TC precisó que, tratándose del cuestionamiento de una resolución judicial, conforme a lo previsto en el artículo 44 del CPC, el plazo para interponer la demanda de amparo vence a los treinta días de notificada la resolución que se cuestiona o a los treinta días de notificada la resolución que ordena “se cumpla lo decidido”. El Colegiado explicó que la resolución suprema cuestionada era firme desde su expedición, toda vez que no requiere actos posteriores de ejecución; en consecuencia, el plazo para interponer la demanda de amparo comenzó al día siguiente de la notificación de la resolución suprema en cuestión, pero dado que el recurrente no adjuntó a su demanda la cédula de notificación respectiva, se dificulta la verificación del plazo.

IV. La armonización del principio de autonomía procesal con el principio de informalidad

La decisión del Tribunal Constitucional podría significar un menoscabo al principio de informalidad; sin embargo, tenemos que tener en cuenta que si bien este

215. Cfr. RTC Exp. N° 05590-2015-PA/TC (FJ 10).

principio, reconocido en el artículo III del CPC, tanto los jueces como los miembros del Tribunal Constitucional deben adecuar las exigencias formales que hayan sido establecidas con el propósito de realizar los fines de los procesos constitucionales²¹⁶; no obstante, si esa exigencia amenaza con producir inseguridad jurídica o una desprotección a los derechos y libertades que produzca una vulneración irreparable, las formalidades deben adecuarse o, si fuese necesario, deben prescindirse para realizar el objetivo principal de los procesos de garantía constitucional²¹⁷. Por eso, para ser aplicada es necesaria su armonización con el principio de autonomía procesal.

El deber del juez constitucional para adecuar la regla procesal que obstaculiza la consecución de los fines del proceso constitucional también obliga a no adicionar ni modificar lo expuesto en la norma procesal por implicar una transgresión de sus competencias y afectar la naturaleza del principio de informalidad. De este modo, no se puede sostener que se trata de un principio de carácter absoluto, pues solo se omitirán las formalidades si con ello se logra la realización de los fines de la justicia constitucional; en caso contrario, como es la resolución que analizamos, no cabe aplicar este principio si afecta, por ejemplo, la seguridad jurídica, el debido proceso y los derechos fundamentales.

-
216. Sobre la jurisdicción constitucional, Mesía Ramírez nos dice que “(...) se asegura el cumplimiento del orden jurídico, en la medida que las normas y los actos de los detentadores del poder se adecuan a los mandatos y los principios de la Constitución; en la medida que se delimita el área de aplicación de las leyes y se garantiza la prevalencia de la Constitución sobre la norma ordinaria”; cfr. MESÍA RAMÍREZ, Carlos: “El Derecho Procesal Constitucional y su desarrollo tardío en el Perú” en PALOMINO MANCHEGO, José: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo N° 1, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 173.
217. “Se trata aquí, de que las exigencias que requiere el Código, no deben afectar los fines mismos que persiguen los procesos constitucionales, es decir, no se debe sacrificar algunos requisitos formales, enervando la esencialidad y la eficacia que aspira el proceso constitucional; esto es, ser el instrumento procesal por antonomasia de la defensa de la Constitución y garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales. Visto así y en perspectiva, este aspecto le corresponde como un deber que el propio Código le impone al juez constitucional para relativizar las formalidades que no se condicen con un sistema publicístico”; cfr. ETO CRUZ, Gerardo; PALOMINO MANCHEGO, José: “En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su *iter* legislativo y sus principios procesales” en PALOMINO MANCHEGO, José: *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo 1, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005, p. 305.

El contenido del principio de motivación de las resoluciones judiciales²¹⁸

I. La idea del contenido constitucionalmente protegido

El “contenido esencial de los derechos” es un concepto que nace en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y que la Constitución española de 1978 recogió en su artículo 53.1 cuando se afirma que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos “han de respetar en todo caso su contenido esencial”²¹⁹. Una expresión que ha recibido críticas y, las más recientes, consideran que se trata de un concepto desafortunado; pues, lo propio y más correcto es hacer mención al contenido constitucional, o constitucionalmente protegido si lo prefieren, ya que, si no tenemos cuidado, puede dar lugar a dudosas interpretaciones en detrimento de los derechos humanos²²⁰.

La determinación del contenido esencial de los derechos humanos en el Derecho peruano se ha producido desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Con relación a este concepto, la doctrina reconoce la llamada teoría absoluta y relativa, donde tanto una como la otra, reciben serios cuestionamientos.

La teoría absoluta parte de la idea que todo derecho humano posee un núcleo intangible para el legislador, dentro del cual no puede interferir, es decir, es una zona vedada para la restricción del derecho que se intente a nivel legislativo²²¹. En ese sentido, dado que nos encontramos ante un núcleo cuyo contenido puede determinarse y que llamamos “esencial”; *contrario sensu*, el contenido “no esencial” equivaldría precisamente a aquella parte del derecho que está fuera de ese contenido, o núcleo, y que en conse-

218. Una primera versión fue publicada en *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N°212, Año 21, mayo 2016, pp. 55-59.

219. En el Perú este concepto no se ha recogido en la Constitución de 1993 sino más bien gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un intento por introducirlo se dio gracias al proyecto de reforma de la Constitución de 1993 preparado por el Congreso, el cual consistió en una transcripción literal del artículo 53.1 de la Carta española de 1978.

220. Véase el trabajo y opiniones de CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales” en *Revista de Derecho* N° 3, Universidad de Piura, 2002, pp. 25-53.

221. Véase CIANCIARDO, Juan: *El ejercicio regular de los derechos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 261.

cuencia sí es posible la intervención del legislador para regular su ejercicio y restringirlo si eventualmente le fuere preciso. La segunda teoría es la relativa y consiste en concebir que los derechos carecen de un núcleo al cual el legislador no puede acceder, sino más bien a que todos los derechos son una unidad carente de zonas especiales, o nucleares²²², y que más bien el legislador puede regular su ejercicio y establecer restricciones gracias a la ayuda de una “ponderación de derechos” al momento de valorar cuál de ellos debe prevalecer en los polémicamente llamados conflictos entre derechos humanos²²³.

La determinación del contenido constitucional de los derechos no se realiza de modo alguno mediante un ejercicio semántico de lo que significan las palabras de la constitución, sino más bien a partir de la naturaleza humana y su dignidad única e inmutable. Lo cual se convierte en algo muy cercano a “un mar sin orillas” para la descubrir el contenido de los derechos fundamentales a través de cada caso judicial, pero siempre como un concepto de carácter abierto²²⁴.

III. El contenido del principio de motivación escrita de las resoluciones judiciales.

Una resolución judicial carente de argumentos que fundamenten su decisión resulta contraria al derecho y, por tanto, inconstitucional por infringir el deber de motivación que tienen las decisiones judiciales. A continuación, veamos algunos aspectos de esta exigencia de un debido proceso.

222. Véase CIANCIARDO: *El ejercicio regular de los derechos...*, p. 263.

223. Sobre las teorías absoluta y relativa el profesor RUBIO LLORENTE nos dice que “[l]a doctrina del Tribunal Constitucional respecto de esta oscura noción ha evolucionado con el tiempo desde lo que cabría llamar una concepción dura a otra más blanda o, para utilizar expresiones habituales en la doctrina alemana, enfrentada desde hace más tiempo con el problema, que tiene allí su origen, desde una concepción “absoluta” a otra “relativa” (o “relativista”) del contenido esencial. De acuerdo con la primera de ellas, los derechos fundamentales tendrían una estructura análoga en cierto sentido a la de ciertas frutas: un núcleo duro, impenetrable, rodeado de una sustancia más bien blanda, de la que cabe separar trozos o capas sucesivas. De acuerdo con la segunda, la estructura del derecho es homogénea; no hay dentro de ella, como en la anterior, dos partes diferenciadas, sólo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configurándola de éste vienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente este y los restantes derechos (eventualmente, también, con otras finalidades constitucionalmente protegidas)”; cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco: “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio*, Vol II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, p. 1340; sobre las teorías absoluta y relativa también véase CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías, número nueve, Lima, 2004, pp. 85–96; véase además el trabajo de TOLLER, Fernando: “Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales”, en AA.VV. *La interpretación constitucional*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 1253, y el capítulo VIII del libro de CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra editores, Lima, 2007.

224. En el mismo sentido véase TOLLER: “Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales”..., p. 1253.

A) El respeto al debido proceso y su invocación abusiva

No es extraño que los países judicialistas sean 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 expresamente²²⁵. En cambio, en los países con tradición europea continental, como los iberoamericanos, las garantías de la administración de justicia podrían no ser observadas salvo que se asegure una firme voluntad del poder político para hacerlas respetar.

Con relación a los principios del debido proceso en las constituciones contemporáneas no existe mayor diferencia entre ellas²²⁶; es más, podríamos decir que unas son copia de las otras²²⁷; no obstante, respecto a la aplicación de los principios reconocidos por la Constitución, descubrimos que aquellos referidos a la tutela judicial efectiva, como el principio de instancia plural, la igualdad ante la ley, el derecho de defensa, la cosa juzgada y la presunción de inocencia son los más invocados. También observamos que en los últimos años su empleo ha sido progresivo, es decir, ha pasado de una mecánica y tímida invocación a convertirse muchas veces en determinantes de una resolución judicial. En la práctica, los principios se aplican igual que una norma. Si bien los jueces realizaban un ejercicio casi mecánico debido a que sólo invocaban aquellos contenidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico²²⁸, hoy en día son capaces de invocar derechos o principios que se encuentran contenidos en las

225. 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.

226. 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.

227. 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 1700. 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 Debido Procedimiento Jurídico", p. 120.

228. 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"; cfr. Exp. N°175-99 AA/TC.

resoluciones de tribunales extranjeros análogos o²²⁹, jurisdicciones supranacionales, como es el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por eso se ha producido un cambio jurisprudencial sin precedentes cuando la enumeración de las garantías del debido proceso ya no se interpreta en forma ilustrativa y meramente taxativa, por comprender todos aquellos principios que eviten la indefensión²³⁰. La tradición judicialista lo entiende así, nos basta observar el desarrollo que la Jurisprudencia norteamericana viene haciendo desde siempre con las enmiendas de la Constitución federal que reconocen el *due process of law*²³¹.

B) El contenido del principio de motivación

El principio de la motivación escrita de las resoluciones judiciales también forma parte del debido proceso y, en consecuencia, quedarán viciadas de nulidad todas las resoluciones judiciales que no estén debidamente fundamentadas. Al respecto, el máximo garante de los derechos nos dice que la Constitución peruana exige, en su artículo 139, inciso 5, la motivación escrita de las resoluciones y de los fundamentos en que se sustentan²³²; con lo cual se nos quiere decir que debe regir un principio de unidad y coherencia en cualquier sentencia, es decir, que no se puede pedir que el órgano judicial exprese unos argumentos en los considerandos y lo opuesto en la resolución del caso.

Sobre el contenido esencial del derecho de motivación, el Tribunal Constitucional nos dice que compuesto por “(a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; (b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y (c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el

229. En efecto, en el caso Manuel Anicama Hernández, el Tribunal Constitucional al determinar el contenido constitucional del derecho de pensión reconoció el derecho a un mínimo vital; es decir “aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana. (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001 del 9 de diciembre de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)”; Cfr. Exp. N°1417-2005-AA/TC (FJ 4.2).

230. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESTAY: “El Derecho al Debido Procedimiento Jurídico”, p. 135.

231. Véanse los de la Constitución norteamericana las enmiendas V, VI, VII y XIV sección 1.

232. Cfr. Exp. N°0005-1996-AI/TC.

supuesto de motivación por remisión”²³³. En resumen, no resultará suficiente un fallo judicial sostenido por la repetición de la norma o principio reconocido expresamente. Las decisiones judiciales deben fundamentar la aplicación del derecho positivo en el marco de las fuentes jurídico constitucionales.

Otro aspecto importante para tomar en cuenta es que al máximo intérprete de la Constitución no puede serle indiferente lo que resuelve y la calidad de los argumentos de cómo lo resuelve, es decir, que solamente se limite aplicar automática y asépticamente la regla constitucional, como si fuese una fórmula matemática, puramente lógica, sin discusión. Su papel de operador lo obliga a ponderar cuidadosamente las circunstancias y consecuencias de sus pronunciamientos. En resumen, podríamos afirmar que la interpretación constitucional no puede ser imprevisora²³⁴. Pero aparte de todo lo dicho, el indudable contenido del principio de motivación tiene el límite de hacer prevalecer la supremacía constitucional; un oficio que tiene un doble cometido, ya que no sólo consiste en tutelar la supremacía normativa sino también la supremacía ideológica, ya que las sentencias del juez deben afirmar principios, valores, así como reprimir los contrabandos ideológicos que puedan perpetrar los poderes constituidos (no debemos confundir el verdadero sentido de la supremacía constitucional con una de sus consecuencias: presidir el ordenamiento jurídico).

Para finalizar, el ejercicio de la práctica judicial por parte de sus operadores no se encuentra liberada de ciertos riesgos; entre ellos nos encontrarnos con el facilismo y la manipulación²³⁵. El facilismo, cuando los abogados defensores emplean de manera inadecuada, y frívola, los principios del debido proceso para fortalecer sus argumentos sin considerar los antecedentes de la norma, la jurisprudencia aplicable y su sistemática relación con las demás fuentes a fin de armonizar y obtener un producto interpretativo. La manipulación, cuando por medio de la interpretación argumentan sin un concreto fundamento constitucional, valiéndose de los llamados contrabandos ideológicos²³⁶.

Es evidente que todos estos síntomas diagnostican una eventual, y esperemos pasajera, inmadurez de los litigantes, sea en los modelos de control incidental, abstrac-

233. Cfr. Exp. N°4348-2005-PA/TC (FJ 2).

234. Véase, SAGÜÉS, Néstor Pedro: *La interpretación judicial de la Constitución...*, p. 39.

235. Véase SAGÜÉS, Néstor: *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 36-37.

236. Véase SAGÜÉS: *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial...*, pp. 36-37.

to o mixto. En ese sentido, la sentencia declarada improcedente y que fue recaída en el expediente N°01836-2013-PA/TC, que resuelve un amparo contra una resolución judicial argumentando un conjunto de vicios en la resolución que fuera impugnada contra una demanda de habeas corpus, se sustenta en el hecho que si bien el demandante desarrolló un conjunto de argumentos para sustentar su petitorio, el propósito de fondo tenía la finalidad de cuestionar el fallo de la resolución expedida dentro del primer proceso de garantía. En ese sentido, como precisó el Tribunal Constitucional, “(...) los defectos de motivación que contendría la resolución judicial en cuestión, aduciendo errores de corrección lógica, coherencia narrativa, y justificación externa, en puridad, este Tribunal aprecia que, detrás de las indicadas deficiencias de motivación, simplemente existe un cuestionamiento al criterio jurisdiccional de los jueces demandados para imputar responsabilidad al demandante en la violación del derecho a la libertad personal del favorecido con el habeas corpus, lo que no se encuentra dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales”²³⁷.

Las consecuencias de declarar fundada esta demanda sería un grave antecedente, pues, significa considerar viable el cuestionamiento de los criterios jurisprudenciales acusándolas de ser motivaciones carentes de una deficiente coherencia narrativa; en ese caso, nos encontramos con que los hechos como el petitorio de la demanda no están orientados al contenido constitucional del derecho o principio afectado, pues no están referidas a las pruebas que sustentan la decisión del juez, como un conjunto de valoraciones que forman parte del contenido constitucional del principio de motivación.

²³⁷. Cfr. Exp. N° 01836-2013-PA/TC (FJ 8).

La observancia del debido proceso por las comisiones parlamentarias²³⁸

La opinión consultiva emitida por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso sobre los alcances jurídicos de la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 00156-2012-PHC/TC), relacionada con el derecho al debido proceso en sede parlamentaria y en concreto sobre las actuaciones llevadas a cabo por Comisiones Investigadoras del Congreso, que actúan de conformidad con el artículo 97° de la Constitución, artículos 35° inciso «b» y 88° inciso a su Reglamento, motiva la redacción del presente trabajo poniendo énfasis en los fundamentos que sustentan la función del Tribunal Constitucional al momento de evitar zonas de indefensión a los derechos humanos valiéndose de la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad. Antes de analizar el contenido del informe, el propósito de nuestro trabajo es conocer el marco de alcance del Estado de Derecho para poder fundamentar la necesidad de garantizar los principios del debido proceso, no sólo adjetivo sino también sustantivo.

I. Las distintas manifestaciones del Estado de Derecho en la Constitución peruana

La Constitución peruana no tiene un capítulo dedicado expresamente al Estado de Derecho o Imperio del Derecho. Lo toca muy poco y rastreando por su articulado distinguimos dos aspectos: el jurídico constitucional (sumisión del poder al Derecho Constitucional) y el legal (sumisión a la ley; principio de legalidad penal). Es decir, en la Carta Magna peruana se puede apreciar —con gran esfuerzo— tres maneras de someter el poder al Derecho, que van, curiosamente, desde el ius naturalismo hasta el positivismo²³⁹:

Primera. El artículo 1 de la Constitución establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

238. Una primera versión fue publicada en *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 212, Año 21, mayo 2016, pp. 55-59.

239. La misma opinión podríamos formular para otras constituciones, por ejemplo, la española de 1978, véase PEREIRA MENAUT: *Temas de Derecho Constitucional español*, Follas Novas, A Coruña, 1997, p. 91.

Segunda. Otra manifestación, aunque indirecta, del Estado de Derecho en la Constitución peruana está en el propio carácter normativo de la Constitución, que implica su inmediata aplicabilidad y supremacía, así como la vinculación de todos los poderes públicos a ella. La Ley Orgánica del Poder Judicial recoge también el principio de legalidad²⁴⁰. Aunque la Constitución peruana no proclame expresamente el principio de legalidad, puede darse por supuesto porque la tradición peruana es esa; no es la del *Rule of Law* ni la de la vinculación inmediata por la Constitución.

Tercera. Aunque el Perú no es judicialista, al final, como casi siempre, el Estado de Derecho viene a reposar sobre los jueces. En ese sentido, la Ley Orgánica de la Judicatura establece que “toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala”²⁴¹.

A modo de resumen y para facilitar una comprensión más concreta de la pluralidad de las dimensiones del Estado de Derecho, diremos que puede descomponerse en varios niveles:

A) El primer nivel

El Imperio del Derecho, entendido como sumisión de todos los poderes a ciertos principios, reglas o criterios que no son jurídico-positivos. La existencia de principios supra positivos que pueden deducirse de la Constitución peruana y de Ley Orgánica de la Judicatura:

1. La dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado²⁴².
2. La igualdad ante la ley²⁴³.
3. La libertad y la seguridad personales²⁴⁴.
4. La cláusula de apertura a los derechos no recogidos expresamente por la Constitución²⁴⁵.

240. Véase el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

241. Cfr. Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

242. Véase el artículo 1 de la Constitución peruana de 1993.

243. Véase el artículo 2.2.

244. Véase el artículo 2.24.

245. Véase el artículo 3.

5. El principio de separación de poderes²⁴⁶.
6. Los derechos y libertades reconocidos deben interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁴⁷.
7. El reconocimiento de los principios de legalidad, inmediatez, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal²⁴⁸.
8. El reconocimiento del derecho de tutela jurisdiccional y al debido proceso²⁴⁹.

B) El segundo nivel

El Estado de Derecho entendido como sumisión a normas positivas. En primer lugar, sumisión de todos los poderes a la Constitución y a las sentencias del Tribunal Constitucional, y, en segundo lugar, de los poderes judicial y ejecutivo a la Constitución y las leyes. Hay aspectos de este nivel que pertenecen también a la justicia natural del primer nivel:

1. La igualdad ante la ley²⁵⁰.
2. El debido proceso²⁵¹.
3. El principio de legalidad²⁵².
4. La jerarquía normativa²⁵³.
5. La publicidad de las normas²⁵⁴.

En este segundo nivel del Estado de Derecho existen ciertos artículos de la Constitución que son utilizables en la litigación, entre ellos:

1. Las acciones de garantía constitucional²⁵⁵.
2. La presunción de inocencia²⁵⁶.
3. Las garantías a la libertad individual²⁵⁷.

246. Véase el artículo 43.

247. Cuarta Disposición Final y Transitoria.

248. Véase el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

249. Véase el artículo 139 de la Constitución peruana de 1993, y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

250. Véase el artículo 2.2 de la Constitución peruana de 1993.

251. Véase el artículo 139.3 de la Constitución peruana de 1993, y el artículo 7. Ley Orgánica del Poder Judicial.

252. Véase el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

253. Véase el artículo 138 de la Const. peruana de 1993.

254. Véase el artículo 109.

255. Véase el artículo 200.

256. Véase el artículo 2.24 (e).

257. Véase el artículo 2.24 (f).

C) Tercer nivel

El Estado de Derecho como sumisión de la Administración a todas las normas y sentencias que estén sobre ella. Este es el llamado «Estado de Justicia Administrativa», supone la lucha contra las «inmunidades» de la Administración y contra la existencia de áreas de su actuación impenetrables a la fiscalización judicial. La Constitución peruana no dice nada más que generalidades, y pocas, por lo tanto, sólo podemos mencionar dos acciones de los ciudadanos contra la Administración:

1. La acción de cumplimiento²⁵⁸.
2. Las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa ante la Judicatura²⁵⁹.

II. Las garantías constitucionales de la función jurisdiccional

En Europa, al final de la Segunda Guerra Mundial y en aquellos países que tuvieron regímenes totalitarios durante la primera mitad del siglo XX, se produce la incorporación de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial como parte del desarrollo del catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones. Se empezó a comprender que la verdadera garantía de los derechos consiste en su protección procesal. En Europa, otros ejemplos lo constituyen las constituciones italiana y alemana²⁶⁰. En el Derecho Constitucional peruano este proceso de incorporación de las garantías del debido proceso se produjo a partir de la Constitución de 1979, pero no en el catálogo dedicado a los derechos fundamentales sino dentro del título IV dedicado a la estructura del Estado, en el capítulo referido a la judicatura; pero ello no significa que dichas garantías carezcan del reconocimiento de una categoría de derechos fundamentales, dado que la cláusula de apertura de los derechos establece que la enumeración de los derechos establecida en el título primero no excluye los demás que también garantiza la Carta de 1993²⁶¹.

El artículo 139 recoge las garantías constitucionales del proceso que reconoce la Carta de 1993. En primer lugar, encontramos los principios rectores de unidad,

258. Véase el artículo 200.6 de la Constitución peruana de 1993.

259. Véase el artículo 148 de la Constitución peruana de 1993.

260. Véase PICÓ I JUNOY, Joan: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 1997, pp. 17-18; véanse además los artículos 24 de la Constitución italiana de 1947, y los artículos 19.4.101.1 y 103.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

261. Véase el artículo 3 de la Constitución peruana.

exclusividad e independencia de la función jurisdiccional; publicidad de los procesos, administración de justicia incluso en casos de vacío o deficiencia legal, la motivación escrita de las resoluciones, la instancia plural, la última instancia o casación ante la Corte Suprema, las resoluciones no revisables en sede judicial, así como la indemnización por error de la judicatura. De igual manera, se reconoce la gratuidad de la administración de justicia y la participación popular en el nombramiento y revocación de magistrados. Asimismo, como principios del debido proceso penal encontramos la inaplicación de la ley penal por analogía y de las normas que restrinjan derechos, el principio de que no hay pena sin proceso, la aplicación de la ley más favorable en materia penal, no hay condena en ausencia, la cosa juzgada, el derecho de defensa, el derecho a ser informado sobre las causas de la detención, el derecho a que los establecimientos penales sean adecuados y los objetivos del régimen penitenciario. Finalmente, el deber de colaboración del ejecutivo en los procesos, el ejercicio de la función judicial de acuerdo con la Constitución y las leyes, así como el derecho de toda persona a criticar las resoluciones judiciales.

III. El debido proceso adjetivo y sustantivo

Como sabemos, el debido proceso adjetivo constituye un conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el ejecutor de la legislación deben observar cuando en cumplimiento de las normas que condicionan la actividad de esos órganos (Constitución, leyes, reglamentos), regulan jurídicamente la conducta de los individuos restringen la libertad civil de los mismos (libertad física, de palabra, locomoción, propiedad, etc. Las excepciones a ese principio son pocas y casi todas ellas establecidas a favor del organismo administrativo. En su dimensión sustantiva, el debido proceso también es un patrón de justicia que debe observarse para determinar, dentro del arbitrio que deja la Constitución, al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo constitucionalmente válido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde podrían restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo por el interés público. Por eso, el debido proceso sustantivo queda convertido en una limitación o garantía procesal genérica de la libertad individual. Por ese motivo, en un Estado Constitucional de Derecho, como comunidad política fundada para el control del ejercicio del poder, cuando mayor es la atribución que la ley reconoce a una autoridad, mayor debe ser el cuidado y responsabilidad de ésta para demostrar que en el ejercicio de su potestad obró conforme al Derecho. No caben excepciones a esta regla fundamental para la debida vigencia del Estado de Derecho.

Es necesario señalar, que la vigencia del Estado de Derecho se consolida a

partir de dichos principios y del estado de conciencia ciudadana de una judicatura independiente. En otras palabras, en la confianza de un sistema de garantías que tutelén las libertades, de manera que cuando se experimente una lesión o amenaza se pueda recurrir ante el órgano jurisdiccional y obtener el cese de la afectación cuando los jueces estiman que se ha producido un ataque injusto.

III. Un análisis al contenido del informe

La opinión consultiva de la Comisión de Constitución y Reglamento sostiene que la sentencia emitida en el proceso de amparo iniciado por Tineo Cabrera no es vinculante para el Congreso de la República, pues no ostenta “la naturaleza de un fallo con efectos generales como sí ocurre con las normativas o de inconstitucionalidad (artículo 204 de la Constitución), los precedentes vinculantes (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) o la doctrina constitucional (artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)”. No obstante, el mismo informe no tiene presente que la observancia de los principios del debido proceso es un mandato implícito en un Estado Constitucional de Derecho, que no necesita de un expreso mandato de cumplimiento pues son vinculantes por su propia naturaleza. Por tanto, no cabe interpretar que la exhortación que se realiza al Congreso en el punto resolutivo N° 4 de la sentencia del caso Tineo Cabrera se configure solamente como una sugerencia. Los argumentos jurídicos sólo son *ratio decidendi* u *obiter dicta*, no caben sugerencias.

La afirmación realizada por el informe con relación a que los procesos tienen una naturaleza distinta, la exigibilidad del fallo no puede ser la misma, pues, si bien todos los ámbitos de poder estatal y privado deben regirse por el debido proceso, la intensidad de la aplicación de las reglas y principios variará en función a su naturaleza o procedimiento. Con relación al contenido de este argumento, nos parece contradictorio con el espíritu constitucional de todas las disposiciones y el principio de unidad que debe primar al momento de interpretar su sentido y significado. Los procesos constitucionales tienen la finalidad de frenar un ejercicio arbitrario del poder, los principios del debido proceso iluminan con igual intensidad para un proceso en el que se afecten derechos fundamentales a una persona, como también en el marco de un proceso de inconstitucionalidad en el que debe primar la supremacía constitucional de los derechos humanos y la vigencia de la separación de poderes. En ese sentido, argumentar una presunta relativización de los alcances de las disposiciones del debido proceso, y su diversa intensidad atendiendo a la naturaleza de cada proceso, acarrearía una suerte de inseguridad jurídica y evidente indefensión para los ciudadanos respecto a la actuación de los poderes públicos.

Si bien el informe de la Comisión de Constitución de Constitución y Reglamento argumenta que la reiterada jurisprudencia en el Expediente N° 00156-2012-PHC/TC guarda mayor relación con los procesos penales o administrativos sancionadores, que con los procedimientos de investigación parlamentaria, y por tanto no alcanza a los casos relativos a las Comisiones Investigadoras, cabe precisar que existe el principio de interdicción de la arbitrariedad, es decir, la prohibición a los poderes públicos de actuar conforme a la sola voluntad de sus titulares, sin ajustarse a las normas y principios constitucionales como una consecuencia de la vigencia del Estado de Derecho, al que están sujetos todos los poderes. La arbitrariedad es equivalente a una actuación carente de fundamento jurídico, por eso es una conducta propia de una tiranía. Por tanto, sin importar la naturaleza de los procesos, sean penales o administrativos, los principios del debido proceso garantizan evitar zonas de manifiesta indefensión a los derechos fundamentales, lo cual incluye a todos los poderes públicos sin excepción.

Es cierto que los casos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son en su mayoría de naturaleza penal (homicidios, tortura, lesiones, secuestros, etc.) y el Estado siempre será el acusado; sin embargo, no es correcto restringir las reglas y principios del debido proceso aplicados sólo a esta materia, pues gozan de la misma relevancia u observación en todo el Derecho; no se debe confundir la naturaleza y finalidad de dichos principios con la materia concreta en que son aplicados.

La definición de los alcances que brinda el informe sobre la finalidad de las comisiones investigadores tampoco tiene asidero jurídico. Es correcto decir que conforme al artículo 97° de la Constitución y 88° del Reglamento del Congreso se investigan asuntos de interés público, pero se cae en un error cuando se afirma que se investigan hechos y no personas. El interés público puede dar lugar a una investigación parlamentaria sobre las cuentas bancarias y movimientos migratorios de una persona sospechosa de un delito contra el tesoro público. Es cierto además que los conceptos de imputado o testigo sólo deben aplicados en el derecho penal, pero será tarea del Congreso utilizar los conceptos más acordes con la naturaleza de su función fiscalizadora, teniendo en cuenta que no emite una sentencia sino un informe en que deberá señalar si hubo o no indicios de responsabilidad.

Con relación a la comunicación previa y contrarios a la opinión del informe que venimos analizando, se trata de una exigencia que no es contraria a la naturaleza de una comisión investigadora, pues, si bien se trataría de un requisito que no ha sido

aplicado antes por el Congreso, se configura como una concreta manifestación del derecho a la información que debe reinar en un Estado Constitucional de Derecho.

Finalmente, el informe también ha cuestionado la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional sobre el derecho al secreto bancario. Si bien es cierto que el artículo 2. 5 de la Constitución de 1993 no hace mención alguna a los sujetos a los que se puede levantar el secreto bancario, el levantamiento de dicha información debe cautelar el derecho de privacidad de las demás personas que no estén directamente implicados en los hechos materia de la investigación, con la finalidad que no se produzca una clara afectación a los derechos fundamentales de forma colateral. Es correcto decir que la legitimidad de una medida de levantamiento del secreto bancario debe fijarse en función del objeto de investigación y no de los sujetos, pero también es cierto que la misma medida debe guardar a los congresistas, miembros de la Comisión, a la observancia de los principios razonabilidad y proporcionalidad.

Una visión constitucional a la ejecución de las sanciones disciplinarias a los empleados públicos²⁶²

I. Un resumen al contenido del informe técnico

El informe técnico N° 1186-2017-SERVIR/GPGSC de fecha 18 de octubre de 2017 firmado por la gerencia (e) de políticas de gestión del servicio civil, responde dos consultas realizadas por la supervisora del sistema administrativo de personal de la superintendencia nacional de bienes estatales:

“a) ¿Desde cuándo es eficaz la resolución que impone la sanción de destitución?

b) Durante el lapso de tiempo que el Tribunal del Servicio Civil tramite, evalúe y resuelva el recurso de apelación interpuesto por el servidor civil si ¿es factible que la entidad realice actos de administración interna que son producto de los efectos de la resolución que impuso la sanción de destitución, tales como dar de baja en el Aplicativo Informático del Ministerio de Economía y Finanzas “AIRHSP” así como entregar la certificación de cese? ¿se debe esperar la culminación del procedimiento administrativo?”

Los argumentos del informe citan un conjunto de normas legales, como los artículos 9, 16, 224 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante TUO de la Ley N° 27444); así como los artículos 116 y 117 del Reglamento General de la Ley N° 30057, aprobado por decreto Supremo N° 040-2014-PCM; citados como hilo conductor de disposiciones que, en resumen, nos dicen que un acto administrativo adquiere eficacia a partir del momento que la notificación produce sus efectos, y que, por tanto, las sanciones en un proceso administrativo disciplinario son eficaces a partir del día siguiente de su notificación²⁶³, añadiendo que la interposición de un recurso administrativo no genera la

262. Una primera versión fue publicada en *Administración Pública & Control*, N°49, Gaceta Jurídica, enero 2018, pp. 71-73.

263. Como menciona el mismo informe, salvo la inhabilitación que debe quedar firme o se haya agotado la vía administrativa.

suspensión del acto impugnado (salvo nuevamente la inhabilitación en condición de una sanción accesoria) y la presunción de validez de todo acto administrativo hasta que no sea declarada su nulidad por la autoridad administrativa o jurisdiccional.

Las siguientes son las conclusiones que pasamos a citar textualmente:

“3.1 Las sanciones disciplinarias son eficaces a partir del día siguiente de su notificación, la interposición de un recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado. La única excepción la constituye la inhabilitación, como sanción accesoria a la destitución, pues se considera eficaz cuando la sanción principal quede firme o se haya agotado la vía administrativa.

3.2 De conformidad con el TUO de la Ley N° 27444, todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda; debiendo - por tanto - ser cumplido y ejecutado por quienes corresponda. Es así que, las entidades públicas deberán realizar las acciones de administración necesarias para cumplir y ejecutarla sanción de destitución.

3.3 La autoridad que ordene dilatar el cumplimiento de una sanción disciplinaria incurre en falta administrativa pasible de ser sancionada mediante procedimiento administrativo disciplinario”²⁶⁴.

II. La visión del estado legal versus la constitucional

Las disposiciones legales citadas líneas arriba para resolver la consulta acerca de la ejecución de las sanciones disciplinarias ante la interposición de recursos administrativos, se comprenden bajo el paradigma del Estado Legal de Derecho el cual reconoce a la ley como la máxima expresión normativa del poder estatal²⁶⁵; sin embargo, la solución a la misma interrogante sería claramente distinta bajo el paradigma del Estado Constitucional de Derecho²⁶⁶, que comprende a la Constitución como un

264. Cfr. Informe técnico N°1186-2017-SERVIR/GPGSC.

265. En el Estado de Derecho Legal el poder ejecutivo se somete a las leyes abstractas, respondiendo a un distinto sistema de fuentes del derecho, con una posición de los jueces subordinada al derecho positivo; véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *En defensa de la Constitución*, Palestra editores, segunda edición peruana, Lima, 2011, p. 171.

266. El Estado Constitucional de Derecho está identificado por el reconocimiento a las jurisdicciones constitucionales, el principio de constitucionalidad, la vinculación inmediata a la Constitución, los derechos fundamentales y la concepción de la Constitución como un conjunto de valores positivizados en las normas; véase PEREIRA MENAUT: *En defensa de la Constitución...*, pp. 171-172.

sistema de principios que los jueces aplican a cada caso brindando un curso de acción concreto a sus disposiciones, las cuales están inspiradas en la protección de los derechos fundamentales y una efectiva interdicción a la arbitrariedad de los poderes estatales y las personas. Precisamente, el objetivo de este artículo es explicar la ejecución de las sanciones disciplinarias en el marco de las garantías para la protección de la tutela judicial efectiva a los empleados públicos que se encuentran bajo una sanción disciplinaria.

El nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho se distancia de una concepción más estatal sobre la relación del gobierno con sus funcionarios, un vínculo que Dicey supo describir en su obra a través de cuatro rasgos: la primera es la relación entre el gobierno y sus funcionarios con los ciudadanos debe regularse por un conjunto de reglas, las cuales pueden diferenciarse de las rigen ordinariamente entre los privados²⁶⁷. El segundo es que los tribunales carecen de competencia en los conflictos entre los privados y el Estado, los cuales se resuelven en tribunales administrativos. La coexistencia de los tribunales estatales y administrativos es su tercer rasgo y, el cuarto y último, es la tendencia a proteger la supervisión o control de los tribunales ordinarios a cualquier funcionario del Estado que sea responsable de un acto administrativo cumpliendo con la ley²⁶⁸. Es cierto que hoy en día estas afirmaciones se han matizado gracias al trabajo del Tribunal Constitucional y a la fuerza jurídica de sus resoluciones, más cercanas al judicialismo, pero todavía podemos distinguir un régimen laboral distinto para privados y funcionarios, una jurisdicción diferente, pero también un intento de poner orden evitando una excesiva rigidez entre ambos mediante sus precedentes vinculantes, las cuales no siempre terminan en buen puerto.

Con relación a la ejecución de una resolución sancionadora, el criterio general que debemos tener presente es garantizar a la persona sancionada el acceso a la justicia para que un tribunal pueda pronunciarse a favor de una medida cautelar para su suspensión. En ese sentido, para que este criterio no sea contrario con los plazos establecidos en los distintos regímenes disciplinarios, la resolución deberá estar motivada y justificar su aplazamiento de ejecución, siempre dentro de su plazo de prescripción; no obstante, con relación a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, pese a considerar que las resoluciones sancionadoras se convierten en ejecutivas una vez agotada la vía administrativa, se deberá garantizar el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa y al pronunciamiento judicial acerca de conceder una medida cautelar de suspensión de la ejecución.

267. Véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control de las administraciones públicas*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 33.

268. Véase, DICEY, Albert: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, décima edición, Londres, 1982, pp. 339-346.

III. El riesgo de afectación a los derechos fundamentales producto de una sanción administrativa.

En el Estado Constitucional de Derecho la administración pública también encuentra sus límites de actuación límites para garantizar el respeto y defensa de los derechos fundamentales. La constitucionalización del derecho es una dinámica que se manifiesta a través de su aplicabilidad directa por los operadores judiciales, la cual condiciona el ejercicio de la facultad sancionadora del Estado.

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la constitucionalidad, ha establecido en su jurisprudencia el llamado principio de interdicción de la arbitrariedad, es decir, la prohibición de cualquier acto arbitrario por cualquiera de los organismos e instituciones públicas del Estado. Se prohíbe el ejercicio del poder estatal que no respete sus propias competencias y facultades establecidas por la Constitución y el ordenamiento jurídico, dado que en un Estado Constitucional de Derecho no pueden existir zonas exentas de control judicial. En ese sentido, cuando en vía judicial se cuestiona una resolución administrativa como arbitraria, se deberá observar que se encuentre debidamente motivada; que su motivación no sea contraria con la realidad de los hechos; que la resolución tenga una consistencia lógica y coherente al conceder, rechazar, reconocer, otorgar o sancionar²⁶⁹.

En orden a los derechos fundamentales de la persona, es importante detenernos en la afectación que puede tener la inmediata ejecución de una sanción administrativa que no sea firme, como consecuencia del inicio de expedientes disciplinarios a los funcionarios públicos. Para responder a esta interrogante debemos analizar lo constitucionalmente correcto; es decir, si es o no arbitrario que la sanción disciplinaria a un funcionario deba ser aplicada con carácter inmediato, al momento que estime preciso la administración sancionadora o sus órganos, en virtud del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, o más bien lo razonable es que dicha efectividad sólo podrá imponerse válidamente cuando los actos sancionadores hayan ganado firmeza; en consecuencia, que la interposición del recurso administrativo y el posterior proceso jurisdiccional contencioso administrativo produzcan unos efectos suspensivos respecto de su ejecución y cumplimiento.

En el marco de una dimensión constitucional, resulta aberrante que una sanción pueda ejecutarse inmediatamente, pues debe ser revisada en la correspondiente

269. Véase el Exp. N° 0090-2004-AA/TC.

vía administrativa y, seguidamente, en la administración de justicia realizando un control posterior y superior sobre la legalidad de los actos administrativos. Por eso, la ejecución inmediata de una sanción administrativa produce una ruptura en los derechos de orden constitucional; en primer lugar, el principio de la presunción de licitud desde el momento que se ejecuta una sanción que no es firme; en segundo lugar, se hace irrealizable el derecho a un debido proceso, es decir, un procedimiento con todas las garantías constitucionales para el administrado sancionado y, en tercer lugar, se hace imposible ejercitar todos los medios de defensa que resulten oportunos si el funcionario se encuentra cumpliendo la sanción.

V. La firmeza de la resolución como requisito *sine qua non* de su constitucionalidad.

El acto administrativo impugnado no es la sanción al funcionario, sino el que determina la ejecución de la sanción; por eso, no se está recurriendo la sanción sino el acto de su inmediata ejecución cuando éste no sea firme. Por eso, debemos comprender que el acto administrativo es el origen, en ese mismo acto se puede consignar que la sanción se ejecutará inmediatamente o a partir de una fecha concreta.

Con base a lo anterior, resulta inconstitucional la ejecución inmediata del acto administrativo antes de haber adquirido firmeza tanto administrativa como jurisdiccional; en resumen, el ejercicio jurisprudencial esperado en el caso en que un funcionario sea sancionado administrativamente y se ordene la ejecución de la sanción, es comprobar que dicho acto haya adquirido firmeza administrativa o jurisdiccional, de lo contrario afectaría el orden constitucional. Por tanto, consideramos que la ejecutividad inmediata de sanciones administrativas disciplinarias será, en consecuencia, contraria a la tutela judicial efectiva cuando se adopte en el procedimiento, sin que aún éste se haya agotado por resolución firme, es decir, por la resolución del recurso de reposición que agota la vía administrativa.

Una vez finalizada la vía administrativa por resolución firme, si se ordena la ejecución de la sanción no se atenta con el principio de la tutela judicial efectiva, pues ha quedado abierto el recurso contencioso-administrativo que faculta el acceso a la jurisdicción y la posibilidad que tal ejecución sea revisada por los tribunales judiciales. Cabe señalar que el objeto del proceso contencioso administrativo no se agota en el control jurídico que los jueces realizan a las actuaciones de la administración pública, sino que implica una efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados

por el poder judicial²⁷⁰. De esta manera, la sanción disciplinaria a un funcionario público sólo puede ejecutarse con efecto inmediato cuando los actos sancionadores hayan ganado firmeza en vía administrativa al haberse agotado los recursos administrativos que sean procedentes en el ejercicio de su derecho de defensa, en donde podrá alegar lo pertinente sobre la conveniencia, o no, de la ejecución, y la posibilidad de una suspensión que será facultad del órgano jurisdiccional.

270. Véase ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías N°13, Lima, 2004, p. 161.



Cuarta parte

**Derechos humanos, concretas vulneraciones
y protección supranacional**



La libertad personal como primer derecho fundamental²⁷¹

En octubre de 1997, durante una estancia de investigación en la Universidad de Oxford, tuve la oportunidad de entrevistar al Profesor Geoffrey Marshall, constitucionalista y entonces *provost* del *Queen's College*²⁷². Con la educación, cortesía y cercanía que caracteriza a sus docentes, conversamos largo rato sobre los desafíos del constitucionalismo en el marco del proceso de integración europeo que, por entonces, un sector de la doctrina reconocía elementos materiales para identificar una virtual Constitución europea²⁷³. Casi al final del encuentro, le pregunté si era posible pensar para el futuro en una constitución codificada para el Reino Unido. Luego de una breve reflexión, que me hizo pensar que no era la primera vez que había tenido esa interrogante en la cabeza, me contestó con fina ironía británica: *¿Who knows? We don't know how that it begins, neither when it finishes*. No le faltó la razón, con el tiempo, cualquier texto constitucional se verá enriquecido gracias a las fuentes del derecho e interpretación jurídica que los jueces realicen en un Estado de derecho. El tiempo de visita culminó, pero me alcanzó lo suficiente para conversar más acerca de la génesis para el reconocimiento de las libertades. Nos estamos refiriendo al llamado derecho continente, la libertad personal, el primer derecho fundamental reconocido en la Carta Magna de 1215, garantizado con el *habeas corpus*, la más longeva de las garantías constitucionales, punto de inicio para la futura conceptualización del resto de bienes humanos reconocidos.

I. La libertad personal y la constitución

-
271. Una primera versión fue publicada en CAMARENA ALIAGA, Gerson; BUENO RAMOS, Any: La constitucionalización de la prisión preventiva. Tribunales constitucionales contra tribunales penales, Ideas, enero, 2021, pp. 207-225
272. El *Provost* es el director académico del *College* y, bajo el cargo equivalente al Rector, es responsable de la creación e implementación de las prioridades académicas y la asignación de recursos que las respaldan; El Profesor Geoffrey Marshall ejerció el cargo entre los años 1993-1999
273. El tiempo enseño que había que seguir esperando, incluso más tiempo que el fracaso del proyecto de tratado que aprobó una Constitución para Europa, la posta se encuentra en los jueces de la Corte de Justicia de la Unión Europea, cuando decida jurisprudencialmente denominar al Tratado de Lisboa como la Constitución europea; véase, CANCELA, Celso: *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet, Nº 3, Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

Como explica un sector de la doctrina, la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y del Estado demanda la observancia de deberes de justicia para su reconocimiento y protección; por eso, en un Estado constitucional de derecho los conceptos formales sólo tienen un espacio secundario, pues, preguntarnos por la concepción material de los derechos fundamentales nos conduce a descubrirla desde y para la persona humana. Los derechos y libertades se comprenden como un conjunto de bienes humanos, cuotas de perfección humana indispensables para su plena realización como persona individual y social²⁷⁴. Los modernos catálogos de derechos fundamentales nos permiten contar no menos de cuarenta (individuales, sociales, ambientales), reconocidos por los constituyentes más aquéllos conceptualizados por los jueces en sus sentencias; sin embargo, nos corresponde identificar a la vida, dignidad, libertad, igualdad y propiedad, como el conjunto de derechos síntesis del cual proceden todos los demás que conocemos en las constituciones codificadas, declaraciones, pactos, protocolos facultativos y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Se trata de una síntesis que tuvo inicio en un punto de la historia de la humanidad, concretamente en la Edad Media, con el reconocimiento de la Carta Magna de 1215 firmada por Juan Sin Tierra, un monarca que se compromete con los nobles a respetar un conjunto de derechos, el más importante de ellos: la libertad personal.

La histórica Carta británica contiene un conjunto de diferentes reglas y compromisos reales, entre ellas, la más importante para la correcta administración de justicia, es el llamado *due process of law* cuando establece que “[n]inguna persona libre será detenido o encarcelado o privado de sus tierras o derechos o declarado fuera de la ley o en algún otro modo destruido, ni contra él iremos, ni contra él enviaremos a otros, excepto por un juicio justo de sus pares o por el derecho del país”²⁷⁵. Una vez transcrito parte del pacto medieval, ¿qué entendemos por la libertad personal? A tra-

274. El artículo 44 de la Constitución peruana declara como deberes primordiales del Estado la plena vigencia de los derechos humanos, ello sólo es posible desde su concepción material; véase, además CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “Los derechos humanos: la persona como inicio y fin del derecho” en *Foro jurídico*, Revista de Derecho, N°7, pp. 27-40; https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1926/Derechos_Humanos_persona_como_inicio_fin_Derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

275. El párrafo citado se ubica en el artículo o sección 39, en su actual redacción; véase, además, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, servicio de publicaciones de la facultad de derecho, Madrid, 1992, p. 50. La doctrina más ortodoxa sostiene que la Magna Carta no forma parte de la prehistoria de los derechos humanos, pues se limitaba determinados estamentos (los nobles); sin embargo, como bien rectifican, el reconocimiento a los derechos fundamentales surge como resultado al rechazo de las pretensiones de soberanía del monarca al progresivo reconocimiento del principio de igualdad a los ciudadanos libres y, como última etapa, hacia los derechos humanos en general; véase, KRIELE, Martin: *Introducción a la teoría del estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del estado constitucional democrático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 209

vés de un intento por brindar un concepto general sobre esta libertad, se trata de la facultad de todo ser humano para obrar de un modo u otro, o decidir no hacerlo, pero siempre ejercida sin ningún tipo de coacción ya sea de tipo físico o moral. Por eso, cualquier tipo de norma, acción pública o privada que termine afectando el derecho a la autodeterminación y ausencia de la coacción²⁷⁶, dos elementos que forman parte de su contenido constitucionalmente protegido, se produce una infracción constitucional a la madre de todas las libertades, o la libertad propiamente dicha.

La libertad personal también es conocida como la libertad ambulatoria, locomotriz, de circulación, es decir, la facultad de toda persona para residir o decidir trasladarse dentro o fuera del país. Es una amplia libertad de movimiento que tiene toda persona humana ejerciendo los demás derechos que le asisten, como manifestaciones concretas de la misma libertad²⁷⁷. En efecto, la libertad personal responde a la protección básica de la persona en su integridad, un bien humano indispensable para reconocer los demás que permitan su plena realización, asociada a posición como centro del derecho y con base al sentido de su propia dignidad: la persona humana como un fin en sí mismo. Se trata de las libertades de tránsito, asociación, pensamiento y expresión, que no tendrían razón de ser y existir sin antes partir del pleno reconocimiento a la libertad individual, fundamento de los demás derechos.

La libertad individual posiciona a la persona como único titular de los derechos y libertades, una afirmación un tanto cuestionada ante la aprobación de instrumentos internacionales que reconocen los llamados derechos de grupo²⁷⁸, el primer acuerdo fundamental viene siendo afectado cuando la persona deja de ser el centro de los derechos y libertades reconocidos, para compartir su posición exclusiva con otros centros que agrupan distintos intereses.

Un debate histórico y doctrinal fue la discusión sobre si la libertad religiosa fue la real detonante del resto de derechos reconocidos, ello explicado por la migración al continente americano a causa de la persecución religiosa en Gran Bretaña; pero, contrariamente a esta tesis, la libertad religiosa sólo por excepción fue comprendida como un derecho, pero la regla fue la tolerancia, pues, la tradición de las libertades estaba muy asentada en la mente de los británicos y primeros colonos americanos, la

276. Véase, NUÑEZ, Manuel Antonio: "La libertad personal y la seguridad individual" en AA.VV: Lecciones de Derechos Humanos, Edeval, Valparaíso, 1997, p. 137.

277. Véase, NUÑEZ: "La libertad personal y la seguridad individual"..., pp. 138-140.

278. Los derechos de la mujer, del niño y el anciano en situación de abandono, entre otros más recientes.

libertad de conciencia y culto no estaba difundida antes del estallido de la revolución, recién incorporado en el *Bill of Rights* de 1791 una vez reconocida la libertad personal y sus distintas manifestaciones, por eso fue el primer derecho fundamental reconocido y que, a partir de él, judicialmente²⁷⁹, se dio paso al progresivo reconocimiento y conceptualización de los demás derechos garantizados por las constituciones y tratados internacionales; es más, la libertad personal fue violada por causa de una falta de tolerancia y persecución a las diferentes creencias religiosas²⁸⁰.

II. La libertad individual y personal en el derecho y jurisprudencia constitucional

La Constitución peruana reconoce dos dimensiones básicas sobre la libertad: individual y personal. La primera se encuentra reconocida en el literal (a), inciso (24) artículo 2, la segunda en el inciso (1), artículo 200 de la Constitución. Es una manifestación concreta del bien humano en su esencia, la facultad de hacer o no hacer algo en un estado constitucional de derecho, es decir, todo está permitido sino está legalmente prohibido²⁸¹. La libertad personal, en cambio, alude a su dimensión corpórea, a la capacidad de movimiento y garantía ante una detención arbitraria. La razón para distinguirlas tiene la finalidad de proteger ambas dimensiones para su ejercicio. La primera alude al ámbito de la libertad en su esencia, la segunda reconoce su dimensión básicamente corpórea, la cual, como sabemos, constituye la finalidad de protección del habeas corpus.

El contenido al derecho a la libertad individual se configura como la facultad o bien humano de toda persona libre para tomar decisiones sin amenaza, coacción o restricciones inconstitucionales. En el caso de la libertad personal es el ejercicio de la facultad locomotora, la posibilidad de movilizarse o no, pero reservada a la integridad de toda persona física. En el ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que el reconocimiento a la libertad personal protege a toda persona frente a privaciones injustificadas contra su libertad física o ambulatoria y a cualquier injerencia ilegales o arbitrarias; en resumen, garantiza protección contra las detenciones, internamientos o condenas arbitrarias; trasgresión también producida cuando, a pesar de existir fundamentos legales de restricción, se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición²⁸².

279. Para Krielle, sobre los padres de la Constitución estadounidense y redacción del *Bill of Rights*, "(...) los esfuerzos de James Madison lograron introducir la libertad religiosa en la versión final. El artículo sobre la religión sólo fue aceptado cuando las quince libertades precedentes estaban ya formuladas"; cfr. KRIELLE: *Introducción a la teoría del estado...*, p. 211.

280. Véase, KRIELLE: *Introducción a la teoría...*, p. 214.

281. "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

282. Véase Exp. N° 02534-2019-PHC/TC (FJ 8).

La jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, argumenta que “(...) la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”; seguidamente, añade que “[e]n lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico”²⁸³, por eso ambas libertades, individual y personal, son formas de expresión de la libertad esencial como ausencia de obstáculos o limitaciones²⁸⁴. El Tribunal Constitucional sostiene que “[e]l derecho a la libertad personal, como todo derecho fundamental, no es absoluto (...) está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley. Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, per se, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado y legalmente se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado”²⁸⁵.

El derecho a la libertad personal está integrado en la libertad individual. En el habeas corpus es un mecanismo de protección de la libertad personal²⁸⁶. Desde la Carta Magna inglesa de 1215²⁸⁷, el hábeas corpus tuvo como finalidad la tutela de la libertad física, un mecanismo de tutela urgente contra detenciones arbitrarias y otras demás amenazas a la libertad personal.

III. La libertad personal como contenido a la libertad individual

El inciso 24, artículo 2 de la Constitución peruana observamos que la libertad esencial reconocida tiene un doble carácter, como atributo subjetivo la persona no puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como atributo objetivo, es

283. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafos 52 y 53.

284. SOSA SACIO, José Manuel: “La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad” en Pensamiento Constitucional, N°23, 2018, pp. 184-201.

285. “Cfr. Exp. N°05765-2009-PHC/TC (F) 3); véase, además, (Sentencia N°07624-2005-PHC/TC (Fundamento 2). Cfr. Exp. N°1091-2002-HC/TC.

286. En el mismo sentido, véase el Exp. N° 04780-2017-PHC/TC; Exp. N°00502-2018-PHC/TC (acumulado), especialmente el fundamento 5 del voto singular del Magistrado Espinosa-Saldaña.

287. Incluso desde sus antecedentes vinculados con el denominado interdicto *De homine libero exhibendo*.

un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, manifestación concreta de la libertad reconocida y presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales y sus límites”²⁸⁸.

El derecho no tiene por finalidad privar la libertad, la reconoce y protege, por eso las fuentes jurídicas que configuran la imagen del Estado constitucional de derecho promueven la libertad ciudadana²⁸⁹. La libertad individual y personal demanda la seguridad jurídica de la persona para poder ejercerlas, de poco serviría reconocerla aislada de la garantía de expresar sentimientos y opiniones, obras de arte mientras no afecten la honra y reputación de terceros, si no se respeta la dimensión complementaria e interdependiente que yace en los derechos fundamentales, unos conectados con otros. Por eso, inciso 1, artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal; reconociendo además que: i) nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias; y que ii) nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Por eso, el Tribunal Constitucional peruano sostiene que la prisión preventiva es una regla de última *ratio*, es decir, dictarse solo en circunstancias excepcionales y no como regla general. Una medida que restringe la libertad locomotora al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia mientras no exista sentencia condenatoria firme²⁹⁰.

IV. Las principales consecuencias jurídico-constitucionales de la libertad personal

En un Estado constitucional no existe razón para justificar la amenaza, violación, suspensión o anulación de los derechos fundamentales, aún para el caso de preservación de otro, su excepcionalidad es el sentido que admite el carácter absoluto de los derechos humanos, donde su contenido es limitado, pero no es limitable por el legislador. Por proceder de la dignidad humana, los derechos son fines en sí mismos, no medios sacrificables por otro fin cualquiera sea su importancia. Las mayorías provenientes de las asambleas parlamentarias o los resultados de una consulta popular no pueden decidir dejarlos sin reconocimiento. Los derechos y libertades humanos

288. Cfr. Sentencia N°07624-2005-PHC/TC (FJ 2).

289. MORA SIFUENTES, Francisco: “Ideas de libertad y modelos de derechos fundamentales” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N°28, enero-junio, 2013, p. 186.

290. Véanse, la Sentencia N°01091-2002-HC/TC, (FJ 7), criterio reiterado en: Sentencia N°01014-2011-PHC/TC (FJ 2); Sentencia N°03567-2012-PHC/TC (Fundamento 12); Sentencia N°00872-2007-PHC/TC (FJ 2); Sentencia N°5100-2006-PHC/TC (FJ 3); Sentencia N°09809-2006-PHC/TC (FJ 2); Sentencia N°03567-2012-PHC/TC (FJ 12); Sentencia N°02357-2008-PHC/TC (FJ 3).

siempre serán el punto a partir del cual se inicia un diálogo que tiene lugar en los parlamentos y tribunales, principalmente, para comenzar a discutir cuál es el alcance de cada derecho y su esfera de razonable funcionamiento de acuerdo con las concretas circunstancias históricas.

En las constituciones existen límites formales y materiales. Los primeros son disposiciones que simplifican los procesos de toma de decisiones en casos de emergencia, requiriéndose del Estado debates acotados para ofrecer respuestas rápidas. Los segundos recuerdan que los derechos pueden restringirse de modo más intenso que en estados de normalidad, pero sin permitirse su violación atendiendo a las circunstancias, siempre relacionadas con la finalidad de alcanzar un fin relevante por no existir otro más eficaz para alcanzarlo. En un estado de emergencia puede restringirse el ejercicio de la libertad personal, inviolabilidad de domicilio, reunión y asociación, pero ello no autoriza a que las fuerzas del orden se excedan y comenten actos arbitrarios ingresando a los hogares para realizar detenciones sin alguna justificación razonable y proporcional²⁹¹. Las consecuencias jurídico constitucionales que se producen a partir del reconocimiento de la libertad personal y sus derechos conexos son las siguientes:

A) La libertad de circulación y elección de domicilio

El ejercicio de la libertad de tránsito no se interpreta de modo expansivo como la facultad de toda persona para desplazarse por donde quiera y decidir mudarse, construir su vivienda y señalar domicilio donde le plazca, como todas los derechos y libertades se ejercitan siempre en armonía con otros cuando el derecho reconoce o confiere títulos a las personas para restringir la circulación de otras, por ejemplo, cuando se trata de una propiedad privada, por una declaración de un estado de emergencia o por tratarse de una zona restringida por temas de seguridad. En sentido contrario, el reconocimiento del ejercicio de la libertad de tránsito impide que cualquier autoridad, funcionario o persona regule o realice actos arbitrarios para restringir la circulación, en cuanto ella no sólo protege a su titular de prohibiciones que restrinjan el contenido del derecho irregularmente.

291. El caso *Miranda vs Arizona* (1966) en los Estados Unidos tuvo un relevante impacto social. La mejora del sistema de justicia tiene un antes y después de esa fecha queda manifiesta a través de los denominados *Miranda Rights*. La fórmula repetida en cada serie o película norteamericana que tenemos la oportunidad de visionar por TV o cuenta de *streaming*: “[t]iene derecho a permanecer callado. Todo lo que diga podrá ser usado en su contra en un tribunal. Tiene el derecho a ser asistido por un abogado y a que esté con usted cuando sea interrogado. Si no puede contratar a un abogado, el Estado designará y pagará a uno para lo represente si así lo quiere. Puede usar estos derechos en cualquier momento y no responder preguntas ni hacer declaraciones”; cfr. MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier: “La historia del mito: a 45 años de *Miranda v. Arizona*” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N°33, 2012, pp. 215-216.

B) El derecho de paso inocente

El derecho de libre circulación en la propiedad privada ajena es posible sino produce un daño o perjuicio a la propiedad de terceros. El paso inocente es el ejercicio de la libertad personal que no afecta la propiedad privada cuando se trata de un curso obligado para llegar a un destino distinto, por eso no resulta injusto traspasar la propiedad ajena con esa finalidad y propósito siempre que durante el tránsito no se afecte la privacidad y los bienes ajenos alrededor de la propiedad.

C) El derecho a mantenerse en el territorio nacional, abandonarlo o reingresar

El derecho de los ciudadanos para permanecer en el territorio de un país se ejerce de forma más plena a los nacionales que los extranjeros, concretamente las personas que vienen al país en calidad de turistas, trabajo, negocios o por temas familiares. Si bien el transcurso del tiempo puede extender su ejercicio a los extranjeros, especialmente con aquéllos que proceden de estados que mantienen una alianza o acuerdos de integración económica o al menos a los nacionales de países con los cuales un Estado ha formado alguna alianza económica, sin contar los trámites de residencia o nacionalización que resultan obvios por las políticas de inmigración de cada estado.

Sobre la expulsión de extranjeros legalmente establecidos en un territorio estatal, la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza establece que sólo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a ley quedando prohibida la expulsión colectiva²⁹². Similar regulación descubrimos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁹³, contando además con la institución del asilo²⁹⁴.

D) El papel protector del Estado

El papel de garante de la libertad que cumple el Estado se ejerce a través del principio de la seguridad individual. Se trata de la obligación de respetar y brindar

292. Véanse los artículos 22.6 y 22.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

293. Véase el artículo 13 de Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

294. Véase el artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando establece que “toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”; véase además el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando dispone que “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

protección a la libertad en sus deberes ordinarios de prevención, seguridad, así como el castigo a los delitos contra la libertad personal.

E) La prohibición de servidumbre y trabajos forzados

La dignidad de la persona humana fundamenta los derechos y libertades reconocidos o innominados en la constitución, en consecuencia, la prohibición de servidumbre, la esclavitud, trabajos forzados, trata de blancas entre otras formas de degradación de la condición humana, no sólo afectan la libertad individual y personal sino al conjunto de derechos fundamentales. El derecho internacional público a través de sus tratados ha aprobado sendas declaraciones que prohíben esas prácticas²⁹⁵.

V. Las delimitaciones y restricciones a la libertad personal

La libertad de circulación también puede verse restringida a través de la regulación de las reglas de tránsito en la ciudad. Las señales puestas en las calles para cruzar las pistas o detenerse, observar el semáforo, las indicaciones de la policía de tránsito hasta la declaración de una restricción vehicular con la declaración de un estado de emergencia o la necesidad para disminuir la congestión en horas punta; otros ejemplos son la obligación de residencia de altos funcionarios públicos, como es el caso del Presidente de la República cuando pide al Congreso su aprobación para salir temporalmente del país, así como ciertas restricciones para ciudadanos extranjeros en nuestro territorio. La declaración judicial por sentencia firme de una pena privativa de la libertad es la medida más restrictiva para el ejercicio de la libertad individual y personal. El respeto y observancia al contenido de los derechos comienza por su adecuada delimitación, ya sea en un fallo judicial o mediante su regulación legal, lo contrario produce el vaciamiento de la esencia que lo configura como un bien humano que permite la realización naturalmente humana.

La restricción a la libertad personal de acuerdo con los tratados y disposiciones constitucionales debe realizarse cumpliendo debidos aspectos materiales, es decir, mediante normas con rango de ley y de remisión directa, regulando las circunstancias, causas y casos tipificados para su recta procedencia; así como los aspectos formales como son los procedimientos que han sido establecidos para esa finalidad, pues, su inobservancia sería contraria a lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos

295. Entre otros documentos internacionales véanse el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 8 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Humanos; asimismo, el inciso 24, artículo 2 de la Constitución peruana establece que “no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”²⁹⁶; al respecto, el Tribunal Constitucional ha precisado que la pena condenatoria por incumplimiento de una reparación civil no vulnera la libertad del sentenciado ni la prohibición de prisión por deudas”, bajo ninguna circunstancia puede considerarse como supuesto de detención²⁹⁷.

VI. El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema

En el Acuerdo Plenario N°01-2019/CIJ-116, sobre los presupuestos y requisitos de la prisión preventiva, participaron jueces supremos penales para precisar un conjunto de conceptos y criterios para tener en cuenta al momento de evaluar la procedencia o no para aprobar una medida de prisión preventiva²⁹⁸.

A) El concepto de sospecha fuerte

El juez debe evaluar el grado de sospecha sobre la comisión del delito, es decir, los elementos de convicción que deben cumplirse son que sea materia grave y fundada. Los jueces deben estar conformes con la probabilidad que el investigado sea enjuiciado, estar convencidos que el caso cuenta con los elementos para encaminarse al juicio oral. La prueba fiscal debe ser concreta, grave y suficiente; no sólo indicios o probabilidades genéricas.

B) Los requisitos de la prisión preventiva

El artículo 268 del Código Procesal Penal peruano establece los requisitos mínimos para la prisión preventiva que el delito imputado sea grave y con sanción prevista mayor de cuatro años. Que exista peligro procesal, es decir, riesgo de fuga u obstaculización. Sobre estos requisitos, el XI Acuerdo Plenario de la Corte Suprema ha precisado unos estándares para su valoración:

296. Véase además el Exp. N°2516-2005 PHC/TC (FJ 5).

297. Véase, HUERTA, Luis: “El derecho fundamental a la libertad física: reflexiones a partir de la Constitución, el Código Procesal Penal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Derecho PUCP*, N°65, 2010, p. 186

298. El Acuerdo Plenario aprobado por los jueces supremos César San Martín Castro; Víctor Prado Saldarriaga; Jorge Luis Salas Arenas; Elvia Barrios Alvarado; Aldo Figueroa Navarro; Uriel Balladares Aparicio; Hugo Príncipe Trujillo; José Neyra Flores; Jorge Castañeda Espinoza; Hugo Núñez Julca; Susana Castañeda Otsu; Iván Sequeiros Vargas; Iris Pacheco Huancas; Iván Guerrero López; y Zavina Chávez Mella.

1. La presunta comisión de un delito que sobrepase los quince años de sanción o cadena perpetua será requisito necesario, pero no suficiente para imponer la prisión preventiva.

2. El juez debe basarse en una sospecha suficiente, no puede exigir que ella se configure porque la gravedad de la pena vuelve más probable un riesgo de fuga.

3. En el Decreto Legislativo N°1322, que regula la vigilancia electrónica personal, interpreta que la medida de monitoreo especial procede cuando el delito que se le imputa al investigado se sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de ocho años. Lo mismo para aquellas personas que ya han sido condenadas.

4. La evaluación del peligro procesal requiere que se probable uno de los dos riesgos para que se cumpla la condición. Si la conducta de obstaculización se vuelve suficiente no será necesario acreditar el peligro de fuga. El juez también debe tener presente los antecedentes y circunstancias, no solamente las conjeturas para medir el riesgo.

5. La prisión preventiva no es un anticipo de la pena, una medida de alarma social o uno de los instrumentos de la investigación penal. La finalidad tiene como objetivo la protección del proceso.

6. El juez debe fundamentar el riesgo razonable, no es suficiente que el imputado haya mostrado intenciones de huir físicamente del proceso o de que exista esa posibilidad. Por eso, debe evaluar que la naturaleza de los delitos imputados sea grave y las penas altas que les corresponden. El desarraigo en el país o antecedente de resistencia al arresto son un conjunto de circunstancias que dependen de la gravedad de la pena.

7. Con el transcurso del tiempo el peligro de fuga se debilita; por ello, el fiscal debe fundamentar nuevas situaciones, como la conducta procesal, los contactos en el extranjero entre otros factores que hagan razonable solicitar la necesidad de extender una prisión preventiva.

8. En casos de presunta organización criminal se debe tomar en cuenta -como parte del peligro procesal- las facilidades que esta agrupación puede darle al imputado para obstaculizar las investigaciones en su contra. Por tanto, la sola sospecha que el imputado pertenezca a una organización criminal no es suficiente para la prisión preventiva, también tienen que probarse los nexos entre ellos en tanto se evalúe el peligro procesal.

9. El peligro de obstaculización se acredita con hechos. No resulta suficiente la sola posibilidad, además debe probarse el entorpecimiento, es decir, que el imputado destruya, modifique, oculte, suprima o falsifique pruebas; cuando influye para que otras personas declaren falsamente o induce esas conductas. Si la solicitud de prisión preventiva solo tiene peligro de obstaculización como factor de peligro procesal, el plazo de la medida debe ser menor.

10. En los casos de organización criminal o de banda criminal, el riesgo de obstaculización resulta más intenso y podrá prolongarse en el tiempo²⁹⁹.

Se debe tener presente que la persona no pierde su condición jurídica bajo una prisión preventiva, detenida o encarcelamiento durante un régimen de excepción no deja de ser persona. En el caso de las personas con prisión preventiva debe evaluarse si las condiciones han cambiado para seguir manteniéndola bajo esa medida cautelar.

C) El plazo de la prisión preventiva no se condiciona al ritmo de trabajo de la fiscalía

Para decidir sobre el tiempo de duración de la prisión preventiva, el Acuerdo Plenario sostiene que el juez debe considerar las circunstancias del caso, siendo estas: (a) La dimensión y complejidad de la investigación, (b) La gravedad y extensión del delito imputado, (c) La dificultad y cantidad de los actos de investigación que se requieran, (d) La necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional, (e) La obligación de realizar actividades periciales complejas, (f) La presencia o ausencia, además del comportamiento procesal de los imputados, y (g) El riesgo de fuga y las posibilidades de riesgo de obstaculización.

El establecimiento del plazo para la medida de prisión preventiva no se sujeta al ritmo de trabajo de la fiscalía, sosteniendo que “[e]n ningún caso puede erigirse como causa de justificación las dilaciones indebidas ni la sobrecarga de trabajo protagonizadas por una fiscalía determinada”. Sobre el comportamiento de los imputados, el Acuerdo Plenario declara el deber de reconocer la diferencia entre una práctica dilatoria (obstrucción de la verdad mediante declaración falsa, fuga, destrucción de pruebas, cambio constante de abogados, entre otras) y el ejercicio de sus derechos procesales.

299. Véase el contenido del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema en <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4648a-c004b66895982828691cd134a09/XI-PLENO JURISDICCIONAL-SPP-SPT-Y-SPE-01-2019-CIJ.116.pdf?MOD=AJPE-RES&CACHEID=4648ac004b66895982828691cd134a09>.

D) Las audiencias no deben ser largas

El citado acuerdo establece el deber del juez y la fiscalía para que confronten argumentos sobre lo esencial del pedido de prisión preventiva. El juez debe precisar los tiempos de intervención para evitar acaparamiento de las partes. Las concesiones de tiempo desmedidas promueven situaciones para que las partes formulen imputaciones personales irrelevantes. No son admisibles las audiencias que se dilatan innecesariamente o que redunden sobre lo expuesto sobre papel o hechos que sean conocidos por los alegatos.

E) Las jornadas y resoluciones orales deben quedar registradas

La motivación oral del juez para decidir el pedido de prisión preventiva debe quedar protegida con un registro de audio o video, así como plasmarse en un acta, unas reglas que no pueden eludirse ni ponerse en peligro de pérdida.

VII. La prisión preventiva como última *ratio*

La expresión prisión preventiva es más exacta mandato de detención, porque permite diferenciar la privación cautelar de libertad³⁰⁰. Se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, por eso es una medida cautelar y no una sanción punitiva. La validez de su establecimiento depende de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, este último el más desarrollado por el Tribunal Constitucional porque las restricciones a los derechos fundamentales deben ser idóneas, es decir, sólo pueden ser aplicadas si otros medios menos gravosos fueron ineficaces, situación que demanda finalmente, proporcional en sentido estricto, lo que supone apreciar de manera ponderar las circunstancias del caso, la gravedad y peso sobre las razones que la justifican. “La sentencia del Tribunal Constitución que desarrolla el criterio de necesidad respecto a la prisión preventiva es el Caso Silva Checa contra la Corte Superior de Justicia de Lima, cuando argumenta diciendo que “(...) [s]u aplicación no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que solo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue en el proceso penal”³⁰¹.

300. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal, Université de Freiburg*, 2008, pp. 98–99; véase el enlace: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf

301. Cfr. Exp. N°1091–2002/HC, caso Silva Checa contra la resolución de la Segunda Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 2 de agosto de 2002.

La prisión preventiva es una garantía procesal de última instancia para asegurar el proceso y ejecución de la pena, antes se debe apelar a otras medidas como la restricción del contacto con un arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente para certificar el cumplimiento de una medida restrictiva de la libertad de tránsito, hasta un arresto domiciliario³⁰²; si todas fuesen insuficientes, corresponde la prisión preventiva para cumplir con los fines de la investigación fiscal³⁰³. La resolución que declara fundado el pedido de prisión preventiva no implica el conocimiento anticipado de la de pena, pues ella sólo se aplicará a la persona que tiene la condición de procesado. Lo contrario supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad³⁰⁴. No obstante, la nueva circunstancia del investigado bajo esta medida produce una quiebra del equilibrio existente entre el principio de inocencia y aseguramiento de la verdad. Cuando una medida de seguridad extrema y castigo se aplica sin atender a su naturaleza excepcional comienza a responder a otros fines³⁰⁵.

La decisión judicial para aplicar la prisión preventiva debe evaluar los supuestos previstos en la ley para su correcta aplicación. Se trata de realizar un estricto ejercicio de subsunción entre el cumplimiento de los supuestos legales para aplicarla y la real circunstancia de la persona investigada. Un análisis constitucional donde el principio de *favor libertatis* orienta la decisión final, pues, en caso de duda de uno o más supuestos para decretar la prisión preventiva, la solicitud fiscal no debería proceder³⁰⁶.

En su artículo 268 del Código Procesal Penal peruano establece como requisitos mínimos para la prisión preventiva que el delito imputado sea grave (con sanción prevista mayor de cuatro años) y que exista peligro procesal (riesgo de fuga u obstaculización). La certeza del peligro procesal condiciona la eficacia del principio a la presunción de inocencia y la naturaleza para la aplicación de una medida cautelar. Por eso, una vez justificada la detención con el argumento que existen elementos de prueba que incriminan a los recurrentes y donde la pena aplicable, de ser el caso, sería superior a los cuatro años, el Tribunal Constitucional sostiene que se ha violado el

302. Véase, HAKANSSON, Carlos: "La libertad personal, primer derecho fundamental. El habeas corpus, su garantía más longeva" en CRISPIN SÁNCHEZ, Arturo (coordinador): El derecho penal y procesal penal en la jurisprudencia constitucional, Gaceta Jurídica, junio, 2021, p. 21.

303. ROJO, Nicolás; YOLI, Vanesa: El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal, Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, 2016, Argentina, p. 8; http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_rojela850.pdf.

304. Véase el Exp. N°0791-2002-HC/TC, de 21 de junio de 2002.

305. ROJO, Nicolás; YOLI, Vanesa: El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal, Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, 2016, Argentina, p. 9; http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_rojela850.pdf.

306. EL RÍO LABARTHE: "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" ..., p. 110; http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf

derecho a la presunción de inocencia y, en consecuencia, la libertad individual de los recurrentes³⁰⁷. En el plano supranacional, el informe de la Comisión Interamericana sobre el uso de la prisión preventiva recuerda su naturaleza excepcional y que su ejercicio abusivo refleja un claro déficit en los estándares de la administración de justicia, afirmaciones sustentadas en la dignidad humana y, en consecuencia, la libertad personal y el debido proceso, especialmente la presunción de inocencia para permanecer en libertad durante el proceso³⁰⁸.

Los objetivos que un ordenamiento procesal persigue mediante la prisión preventiva es que no se desnaturalice y convierta una condición de excepción en normalidad. Para que la prisión preventiva sea una medida cautelar conforme con un Estado constitucional de derecho debe observar los presupuestos desarrollados por el Tribunal Constitucional: “que exista prueba suficiente (*fumus boni iuris*)”, “peligro procesal (*periculum in mora*)” y que la pena sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

A) La prueba suficiente o apariencia de buen derecho

La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* significa la existencia de indicios de verosimilitud de las pretensiones que se solicitan. Se trata de realizar una comprobación de los indicios más superficial que la que se llevará en el proceso. El Tribunal Constitucional vincula el principio de presunción de inocencia y el fin instrumental de la prisión preventiva. Si bien la “apariencia de buen derecho” es un presupuesto para la prisión preventiva, no debe aplicarse de forma aislada. El juez debe valorar la probabilidad de sancionar al imputado como autor o partícipe del delito cuando se verifica que hay razones que justifican la imposición de la condena y no existen razones que justifiquen una sentencia absolutoria³⁰⁹.

307. Véase el Exp. N° 02534-2019-PHC/TC.

308. Véanse las conclusiones del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, en concreto numerales 317 a 319; <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.

309. El fundamento de voto del Magistrado Espinoza añade que “(...) el grado de convicción requerido para la imposición de una prisión preventiva no exige la certeza sobre la responsabilidad de los imputados, toda vez que ello recién se determinará al final del proceso penal, luego de un juicio con un debate contradictorio. Respecto al carácter cautelar, en síntesis, sí se exige un grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho (específico en ese caso concreto) y no una mera conjetura. Para ello, como no puede ser de otro modo, es indispensable que el juez valore todos los elementos ofrecidos por las partes en el proceso, lo que requiere atender también a los elementos de descargo ofrecidos por los imputados”; Exp. N°4780-2017-PHC/TC y Exp. N°00502-2018-PHC/TC (acumulado), en concreto el FJ 40.

Si la medida de prisión preventiva no se aplica con la finalidad de neutralizar el peligro procesal desaparece su función cautelar. Por eso, cuando el ordenamiento jurídico exige la aplicación concurrente de los presupuestos, la medida sólo se justifica por la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), lo que implica la falta de motivación sobre el peligro procesal. Una medida de prisión preventiva no afecta la presunción de inocencia porque sólo tiene fines cautelares³¹⁰.

La apariencia de buen derecho indica que para decretar la prisión preventiva debe llevarse a cabo un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar en una sentencia definitiva. Un proceso debe asentarse en criterios objetivos que permitan identificar los elementos de una razonada atribución del hecho punible. Sobre el concepto de *fumus boni iuris*, el Tribunal Constitucional sostiene que deben existir elementos probatorios suficientes del delito y su participación, que sustente de manera razonada y proporcional su necesidad para los fines del proceso y que el grado de certeza no disminuya³¹¹.

B) El peligro en la mora

La doctrina ha denominado “peligro en la mora” (*periculum in mora*) al retraso del proceso judicial. La expresión apunta a una serie de hechos objetivos apreciables por terceros que produce una presunción sobre la necesidad de una medida para que la ejecución del fallo no sea ilusoria. Por eso, no consiste que los procesos sólo lleven retraso, sino que, sumado a ello, una de las partes pueda sustraerse de lo dispuesto por el juez. Se trata de un riesgo que enfrenta la administración justicia y tiene una doble conceptualización: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, ambas actúan como fundamento de la medida cautelar. Debe existir un riesgo racionalmente previsible, objetivo, que el demandado pudiera aprovecharse de la duración del proceso para dejar sin efecto la tutela judicial al actor, la sentencia resolutoria de la contienda, o que se prevean concretas situaciones de ocasionar impedimento para la efectividad del procedimiento principal. En consecuencia, quien pida la medida cautelar debe probar su existencia, pues la función jurisdiccional no se agota con declarar el derecho y ejecutarlo sino también en prevenirlo. El requisito de necesidad para adoptar medidas asegura que el cumplimiento de la sentencia tiene vinculación directa con el interés procesal, puesto que para intentar cualquier acción debe tenerse un interés legítimo.

310. En un sentido similar se expresa la STC 1260 - 2002 - HC, de 9 de julio (Caso «Domínguez Tello»). Cfr. Sentencia

311. N°07624-2005-PHC/TC (FJ 2).

Cfr. Exp. N°0139-2002/HC de 29 de enero de 2002.

En el *periculum in mora* se pueden advertir los principios que un ordenamiento procesal debe observar junto con la prisión preventiva: la presunción de inocencia y proporcionalidad de la medida. El peligro procesal debe valorarse con datos que brinden certeza y sus presupuestos el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la actividad probatoria.

1) El peligro de fuga

El peligro de fuga supone asegurar la comparecencia del imputado para permitir la actuación de la ley penal y se concreta con el aseguramiento de la presencia del imputado en el juicio proceso y su sometimiento a la ejecución de la presumible pena a imponer. El peligro de fuga está relacionado con la posibilidad que el procesado se sustraiga de la administración de justicia y no se cumplan los fines del proceso, ya sea por temor a la imposición de una pena, deseo de dejar impaga una reparación civil, el tiempo que pierde durante el proceso, y la falta de arraigo que produce el retiro a su domicilio real, entre otros, las cuales producen un perjuicio a la investigación, pues, si bien no cabe la autoincriminación existe el deber de participar en las actuaciones procesales. El peligro de fuga no puede apreciarse a través de criterios abstractos, sino con arreglo a ley y bajo las circunstancias del caso concreto³¹². La gravedad de la imputación y el monto de reparación no pueden derivar en una sospecha de fuga, sino además las pruebas de cargo, su personalidad y caso particular; por otro lado, el hecho que el imputado cuente con domicilio fijo tampoco resulta suficiente para negar un riesgo de fuga³¹³.

2) El peligro de obstaculización

La obstaculización de la actividad probatoria es reconocida como un argumento justificador de la prisión preventiva compatible con el respeto del principio de presunción de inocencia. Si por una conducta del imputado se alteran las pruebas, se entorpece el desarrollo de la actividad investigadora y se cuentan con antecedentes

312. Al respecto, el Tribunal Constitucional consideró que “(...) en este orden de ideas y de lo argumentado por el juez penal (...) el juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos que obran en autos y que pudieron ser evaluados para determinar el grado de coerción personal que debió imponerse al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país”; cfr. Exp. N°5490-2007-HC/TC (FJ 17).

313. En el Exp. N°3200-2005-PHC/TC (FJ 7), el Tribunal sostuvo que “(...) el peligro procesal es evidente toda vez que la denunciada es persona que no tiene una ocupación conocida que le otorgue arraigo en el lugar, ni domicilio conocido en esta ciudad, pues el lugar en el que opera la empresa es propiedad ajena alquilada solo para estos efectos”.

que hagan sospechar la intención para impedir el desarrollo del proceso; sin embargo, si los actos considerados sospechosos forman parte del ejercicio al derecho a la defensa, no sería posible decretar medidas cautelares para proteger la investigación. Las medidas cautelares se vinculan con el deber para no atentar contra la posibilidad que se desarrolle un proceso honesto, pero no pueden afectarse sus facultades para la defensa, como su derecho a guardar silencio, a una estrategia de defensa y a exigir que la carga de la persecución y la prueba recaigan sobre el fiscal³¹⁴.

Los conceptos de peligro de fuga y peligro de obstaculización han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional a partir de la idea de democracia republicana como prevalencia de la libertad sobre la dominación y su derecho al desarrollo personal y planificación de su vida futura, que compromete al Estado a velar por el interés público para proveer el bienestar general. Ello no excluye que la intervención estatal se vea justificada cuando hay un interés público que asegure que unos agentes no queden en peor situación que otros. El Estado de derecho a través de sus requisitos formales tiende a reducir la arbitrariedad de un gobierno que no es diferente hacia intereses públicos. La idea del Estado de derecho considera la racionalidad de la persona y su dignidad, como agente capaz de planificar y diseñar su futuro. En particular, evita que el derecho lesione la dignidad generando falsas expectativas y asegurando la posibilidad del propio. La tensión entre ambos ideales de libertad y seguridad señala cierta desconfianza en la idea de autogobierno, ambas exigencias son necesarias para la vigencia de la libertad como no dominación. Para ello es preciso mantenerse en un justo lugar que tome en serio la regla de la mayoría y que a su vez cuide de las restricciones formales que eviten la manipulación de las leyes como instrumento de gobierno”³¹⁵.

VII. La discrecionalidad judicial

Para la aprobación de una medida cautelar de prisión preventiva resulta como deber de los jueces y la parte solicitante, el fiscal, probar que existe riesgo que el demandado intente maniobras que pongan en peligro o hagan imposible la ejecución de

314. PÉREZ LÓPEZ, Jorge: “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva” en *Revista Derecho y Cambio Social*, Año 11, N°36, 2014, p. 19.

315. PEDERNERA ALLENDE, Matías: “La idea de libertad como conexión entre Estado de derecho y democracia” en *Anuario XVII*, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, véase el enlace: https://drive.google.com/file/d/0B_8PZnJnWrZJeU5UeXNYNmQ3d3Qyb3BrQ281ZjBQZ0czZ2FZ/view

sentencia. Por esa razón, los requisitos de procedencia poseen un importante margen de discrecionalidad judicial para medir su pertinencia y evitar un daño o lesión al desarrollo del proceso. Por el concepto de discrecionalidad comprendemos al margen de posibilidades que otorga el derecho al juez para apreciar las circunstancias concretas del caso. Se trata de alcanzar el cumplimiento de la administración de justicia a la luz de un sistema compuesto por fuentes jurídico constitucionales. Se trata de valorar las pruebas en función a las circunstancias, es decir, el juez no puede perder de vista el factor humano que aconseja la prudencia al momento de decidir por una medida cautelar que restringirá la libertad de movimiento del imputado. La aplicación de desmedidas prisiones preventivas practicadas por jueces, que en el argot judicial peruano son reconocidos como “caneros”, resulta una mala señal al momento de ponderar las circunstancias y las pruebas ofrecidas en el marco de un Estado constitucional de derecho.

El derecho a la imagen, su protección y desarrollo jurisprudencial³¹⁶

I. Un caso personal

La redacción de este trabajo tiene especial importancia para su autor, no sólo por dedicarse al oficio de los papeles universitarios en el ámbito constitucional sino además por la experiencia reciente y personal sobre la materia que vamos a abordar: el derecho a la imagen y su protección. Hace cinco años recibí de un amigo un disco versátil digital (comúnmente conocido como DVD) con un curso para aprender cómo alcanzar metas personales y profesionales³¹⁷; se trataba de un DVD pirata, de aquéllos que en términos generales se conocen como de “auto motivación”, pero el problema no sólo era su procedencia y producción fraudulenta, sino que la imagen de la portada era la mía. La sorpresa y preocupación fue muy grande pues no tenía idea del contenido y, lo más importante, no era la persona que aparecía ofreciendo esos consejos al momento de reproducirlo; se trataba de una foto tomada de la web de mi Universidad, que podía bajarse por medio de las imágenes que Google tiene a disposición de cualquier usuario y desde cualquier cabina de internet o cibercafé. En último lugar quedó mi impresión sobre el precio de venta, nada menos que tres nuevos soles; un poco más de un dólar, una ganancia que se distribuirá entre el bolsillo del productor (conocido como pirata, por tanto, desconocido, lo cual agrava el problema) y vendedor al mínimo costo. El problema no sólo queda ahí pues pasa el tiempo, el referido DVD sigue circulando por las calles y hasta la fecha tengo en mi poder tres ejemplares gracias a preocupados amigos que, sin conocer que estoy al tanto del tema, lo siguen encontrando a la venta y adquieren para mostrármelo y seguirme sorprendiendo.

Sirva la introducción del párrafo precedente para afirmar, con conocimiento de causa, que los actuales progresos de la técnica permiten registrar y reproducir

316. Una versión anterior fue publicada en *Actualidad Civil*, N°2, agosto 2014, Instituto Pacífico, Lima, pp. 94-103.

El DVD tiene por título “Cinco claves para el establecimiento de metas. ¿Por qué las personas no establecen metas?”.

317. Si lo encuentran a la venta, por favor no lo compren.

imágenes e información acerca de hechos más íntimos o reservados a la vida de las personas. Por otra parte, es bastante corriente que organismos estatales manejen un importante caudal de información sobre los ciudadanos (fotos, datos laborales, domésticos, preferencias de consumo, créditos adquiridos, etc.). Todo lo anterior nos lleva a reconocer la importancia que en la vida ordinaria de las personas existen espacios personales, sociales y espirituales que les pertenecen con exclusividad y que resulta ilegítimo cualquier intromisión no consentida o que no se funde en un interés público. Nos encontramos entonces con la necesidad de proteger el derecho a la imagen frente al cada vez mayor avance de las nuevas tecnologías; para lograr nuestro propósito nos ocuparemos de estudiarlo dentro del ámbito de los derechos humanos.

II. El derecho a la imagen como derecho humano

Como sabemos, y es preciso recordar, los derechos humanos son el conjunto de bienes (humanos) reconocidos y garantizados por el Derecho para que la persona pueda satisfacer las necesidades propias de su condición humana³¹⁸. La histórica y celebre Carta Magna inglesa de 1215, el documento constitucional más antiguo del mundo, dispuso por primera vez que “ningún hombre libre puede ser detenido, mantenido preso, expropiado, desterrado o proscrito, salvo por decisión judicial basada en la ley”³¹⁹. Esta fórmula, antes que la libertad religiosa, se convirtió en la madre de todos los derechos fundamentales, la cual es conocida por la doctrina como “la protección contra la detención y la persecución penal arbitraria”³²⁰. En efecto, como consecuencia del reconocimiento de la libertad individual con el paso del tiempo se fueron realizando nuevas conquistas judiciales en torno al reconocimiento de todos los bienes humanos que promueven la plena realización de la persona hasta nuestros días.

Al final de la Segunda Guerra Mundial, las nuevas constituciones de Europa continental comenzaron la tendencia a que sus catálogos de derechos y libertades sean más extensos y detallados por influencia de los tratados internacionales de derechos

318. Véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 37.

319. La importancia histórica de Edward Coke, un juez inglés, para el desarrollo del Estado constitucional moderno, difícilmente puede exagerarse; pero su contribución más efectiva fue la ampliación de este principio fundamental a todos los ingleses libres. El Juez Coke realizó una interpretación histórica y lo dedujo directamente de la Carta Magna, siendo reconocido en la *Petition of Rights* de 1628, la cual tuvo dos efectos. El primero fue que el Rey no posee un derecho soberano para las detenciones arbitrarias y, el segundo, que se trata de un derecho que se puede invocar ante la judicatura. Por eso, que la fórmula de Coke sólo es una variación de lo dispuesto por la Carta Magna inglesa de 1215; véase, KRIELE, Martin: *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 209-210.

320. Véase KRIELE: *Introducción a la Teoría del Estado*., pp. 208-209.

humanos. Es así que en las constituciones se pueden contabilizar casi más de cuarenta derechos; por otra parte, si bien es cierto que la redacción del catálogo difiere del estilo de la Constitución estadounidense, todas suelen incluir de manera casi literal la enmienda novena de la Carta de 1787 que dice: la enumeración de derechos no es exhaustiva y que no deberá interpretarse como una negación o disminución de otros derechos que retiene el pueblo³²¹. En los actuales regímenes autoritarios de Bolivia, Ecuador y Venezuela por ejemplo³²², se reconocen derechos que no se encuentran debidamente garantizados. Por eso, la incorporación de la novena enmienda norteamericana (cláusula de los derechos implícitos o innominados) responde más a los modelos judicialistas que normativistas; en efecto, el reconocimiento y protección de otros derechos constitucionales requiere una concepción del Derecho distinta a la ofrecida por el positivismo, que es la corriente jurídica dominante en las constituciones iberoamericanas³²³. En todo caso, esta cláusula será más o menos retórica en relación con el grado de independencia e inamovilidad que posean los jueces.

El extenso catálogo o lista de derechos no significa reconocer a un conjunto de “nuevos derechos”, han aparecido detallando los derechos fundamentales originarios de libertad, igualdad y participación. Por ejemplo, vemos que la libertad de expresión subyace en la libertad de enseñanza, la libertad de asociación 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. La causa puede deberse a que los constituyentes prefieren especificar los derechos y libertades para evitar que la judicatura interprete la Constitución; la aparición de los tribunales constitucionales y su jurisprudencia en algunos Estados iberoamericanos y europeos empezado a cambiar esta idea.

321. Véanse los artículos 33, 50, 94 y 3 de las constituciones de Argentina (artículo 33), Colombia (artículo 94), Perú (artículo 3) y la Constitución venezolana de 1961 (artículo 50).

322. En la actualidad los Estados de Bolivia y Ecuador se encuentran en un polémico proceso constituyente, en el cual no habrá discusión para incorporar y “reconocer” derechos y libertades en generosas declaraciones, pero sin una adecuada y real garantía cuando esos textos sean aprobados y entren en vigencia, un proceso similar a través del Estado venezolano años atrás.

323. La frontera entre judicialismo y normativismo debe quedarnos clara para comprender los presupuestos de la novena enmienda de la Constitución norteamericana, en ese sentido Pereira Menaut nos dice que “el Derecho es plural, no monista. La visión judicialista ayuda a percibir esa pluralidad porque, si el Derecho consiste en sentencias que resuelven casos concretos, *ex definitione* no formará un sistema completo, cerrado ni perfecto. Un normativista extremo será, posiblemente, monista y sistemático y querrá convencernos de que el Derecho consiste sólo en normas; en cambio, un judicialista extremo siempre tendrá que admitir principios y *regulae iuris* generales, aunque sólo sean las producidas por la jurisprudencia y sus comentadores”; cfr. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos: *Lecciones de Teoría Constitucional*, COLEX, Madrid, 2006, p. 269.

Con el paso del tiempo, las constituciones modernas también fueron reconociendo los llamados derechos de la personalidad, propios del Derecho Civil, entre ellos el derecho a la propia imagen³²⁴. De esta manera, la Carta de 1993 establece en su artículo 2, inciso 7, que toda persona tiene derecho “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (...)”. De esta manera, nuestro sistema jurídico establece el derecho a la imagen y a la voz como derechos autónomos, diferenciados del derecho a la intimidad, aun cuando un mismo acto pudiera afectar los tres derechos.

El derecho a la propia imagen junto con los derechos a la intimidad personal, familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona salvaguardando una esfera de reserva personal frente a intromisiones provenientes de terceros³²⁵. El derecho a la imagen adquiere sentido cuando se enmarca en la protección de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad de vida humana³²⁶. El primer elemento a proteger será el interés de la persona afectada para evitar la difusión de su imagen sin previa autorización, dado que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y esfera personal, como instrumento de identificación, proyección hacia el exterior y elemento para su propio reconocimiento como persona³²⁷. En este contexto, la captación y difusión de la imagen sólo será admisible cuando las circunstancias concretas justifiquen el descenso de las barreras de reserva personal, como sería el caso de un legítimo interés público³²⁸.

En la medida que la libertad personal se manifiesta en el mundo por medio de la actuación del cuerpo y sus características particulares, la protección constitucional de la imagen se preserva no solamente en el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las imágenes, sino también una esfera personal de libre determinación para preservar la dignidad humana. Lo que se pretende es que los ciudadanos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública,

324. El artículo 15 del Código Civil peruano de 1984 reconoce el derecho a la imagen y a la voz requiriéndose el consentimiento de la persona.

325. MORALES GODÓ, Juan: “Comentario al artículo 2, inciso 7, de la Constitución de 1993” en GUTIERREZ, Walter: *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo*, Tomo I, Lima, 2005, pp. 119-120.

326. Véase el trabajo de NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización” en *Revista IUS ET PRAXIS*, Año13, N° 2, pp. 260-262.

327. El derecho a la autodeterminación informativa garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad; véase el Exp. N°01797-2002-HD/TC.

328. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 231/1988 (FJ 3) y STC 99/1994 (FJ 5).

para de garantizar una esfera reservada para el desarrollo de la propia personalidad³²⁹. En el derecho comparado, la Constitución del Brasil contempla la indemnización por daño material a la imagen³³⁰. En España, el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que la captación, reproducción o reproducción o publicación de fotografías, filme, o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona, en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, con excepción a los casos previstos en el artículo 8.2 constituye una intrusión ilegítima, mientras que el artículo 7.6 establece que también lo sería el empleo del nombre, de la voz o de la imagen para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza similar³³¹.

III. El contenido constitucional del derecho a la imagen

El concepto inicialmente conocido como el “contenido esencial de los derechos” nació en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución española de 1978 lo recogió en su artículo 53.1 cuando se afirma que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos “han de respetar en todo caso su contenido esencial”^{332 332}

La determinación del contenido de los derechos humanos en la jurisprudencia ha dado nacimiento a la llamada teoría absoluta y relativa, que, tanto una como la otra, contienen serios cuestionamientos como tendremos oportunidad de explicar a continuación. La teoría absoluta parte de la idea que todo derecho humano posee un núcleo intangible para el legislador, dentro del cual no puede interferir, es decir, es una zona vedada para la restricción del derecho que se intente a nivel legislativo. En ese sentido, dado que nos encontramos ante un núcleo cuyo contenido puede determinarse y que llamamos “esencial”; *contrario sensu*, el contenido “no esencial” equivaldría precisamente a aquella parte del derecho que está fuera de ese contenido, o núcleo, y que en consecuencia sí es posible la intervención del legislador para regular su ejercicio y restringirlo si eventualmente le fuere preciso.

La segunda teoría es la relativa y consiste en concebir que los derechos carecen de un núcleo al cual el legislador no puede acceder, sino más bien a que todos los

329. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional español STC 81/2001 (FJ 2).

330. Véase el artículo 5 de la Constitución de Brasil de 1988.

331. Véase, MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Eduardo: “El derecho a la imagen” en *Juris Doctor, Revista Jurídica On-Line*, www.jurisdoctor.adv.br/revista/rev-01/art13-01.htm.

332. En el Perú este concepto no se ha recogido en la Constitución de 1993 sino más bien gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Un intento por introducirlo se dio gracias al proyecto de reforma de la Constitución de 1993 preparado por el Congreso, el cual consistió en una transcripción literal del artículo 53.1 de la Carta española de 1978.

derechos son una unidad carente de zonas especiales, o nucleares, y que más bien el legislador puede regular su ejercicio y establecer restricciones gracias a la ayuda de una ponderación de derechos al momento de valorar cuál de ellos debe prevalecer en un eventual conflicto entre derechos humanos.

El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, optó por la teoría absoluta, sosteniendo que “constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizando”. El mismo Tribunal nos dice que “hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”³³³.

No obstante, pese a que la teoría absoluta fue reiterada en más de una oportunidad³³⁴, el Tribunal Constitucional español se empieza a inclinar hacia una concepción más bien de carácter relativo, en la que la definición del contenido esencial no puede realizarse en abstracto sino más bien como resultado de un proceso, es decir, como producto de un concreto caso judicial. El Tribunal español afirma en relación con el derecho al acceso a los cargos y funciones públicas, que este derecho “se impone en su contenido esencial al legislador, de tal manera que no podrá imponer restricciones a la

332. Sobre las teorías absoluta y relativa el profesor Francisco Rubio Llorente nos dice que “[l]a doctrina del Tribunal Constitucional respecto de esta oscura noción ha evolucionado con el tiempo desde lo que cabría llamar una concepción dura a otra más blanda o, para utilizar expresiones habituales en la doctrina alemana, enfrentada desde hace más tiempo con el problema, que tiene allí su origen, desde una concepción “absoluta” a otra “relativa” (o “relativista”) del contenido esencial. De acuerdo con la primera de ellas, los derechos fundamentales tendrían una estructura análoga en cierto sentido a la de ciertas frutas: un núcleo duro, impenetrable, rodeado de una sustancia más bien blanda, de la que cabe separar trozos o capas sucesivas. De acuerdo con la segunda, la estructura del derecho es homogénea; no hay dentro de ella, como en la anterior, dos partes diferenciadas, sólo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configuradora de éste vienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente entre este y los restantes derechos (eventualmente, también, con otras finalidades constitucionalmente protegidas)”; cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco: “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio*, Vol II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, p. 1340; sobre las teorías absoluta y relativa también véase CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías, número nueve, Lima, 2004, pp. 85-96.

333. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) N°11/81 del 8 de abril de 1981.

334. Véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional español, STC 13/84, de 3 de febrero de 1984, y STC 196/87 de 11 de diciembre de 1987.

permanencia en los mismos que, más allá de los imperativos del principio de igualdad no se ordenen a un fin legítimo y en término proporcionados a dicha finalidad”³³⁵.

En el Derecho peruano, la primera vez que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho referencia al contenido de los derechos fundamentales fue a través de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley 26637 que modificó la administración del vaso de leche. En esa oportunidad, el máximo garante de los derechos y libertades sostuvo, con relación al derecho de toda persona para asociarse y constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, que se trata de “una organización protegida por la Constitución que, a diferencia de los órganos constitucionales, cuya regulación se hace en el propio texto constitucional, y su desarrollo se deja al ámbito de la ley orgánica, en ésta la configuración constitucional concreta de ella se ha dejado al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el respeto del núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”³³⁶.

Como mencionamos anteriormente, las teorías absoluta y relativa han sufrido serios cuestionamientos en la doctrina contemporánea pese a que las resoluciones de más de un tribunal constitucional han optado ya sea por una, u otra, al momento de conocer y argumentar una decisión en torno a la protección de un derecho fundamental; sin embargo, pese a su gran difusión, especialmente de la teoría absoluta, compartimos los tres cuestionamientos que se hacen en torno a ellas.

En primer lugar, no es posible que se pretenda atribuirle al parlamento o gobierno la posibilidad de poder limitar mediante normas los derechos fundamentales dado que, precisamente, son ellos los que deben estar limitados por la constitución y no realizar actos más allá de las funciones expresamente atribuidas. En segundo lugar, y atendiendo al principio de unidad que debe informar a los operadores judiciales al momento de interpretar la constitución, tampoco es posible otorgar en los

335. Cfr. La sentencia del Tribunal Constitucional español, STC 71/94 de 3 de marzo de 1994.

336. Véase el Exp. N° 0004-1996-AI/TC. De acuerdo con el profesor Luis Castillo la primera vez que el Tribunal Constitucional peruano se manifestó sobre el contenido de un derecho fue gracias a un voto singular en la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 36 congresistas contra la Ley N° 26592; la cual reformaba la Ley 26300 disponiendo que para la procedencia del referéndum, “se requería se una iniciativa legislativa popular que habiendo sido rechazada por el Congreso, haya obtenido al menos 48 votos a favor. La cuestión a dilucidar consistió si la exigencia previa de intervención del Parlamento con 48 votos suponía o no la ‘la satisfacción de una condición tan desproporcionada, que la propia institución del referéndum se vea gravemente lesionada, al extremo de habersele desnaturalizado, y en consecuencia –aunque no se diga expresamente así– haberse afectado su contenido esencial””; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales*, ARA editores, Lima, 2003, pp. 148-149.

hechos una mayor importancia, o jerarquía, a unos derechos frente a otros en la misma constitución; lo cual equivale a pensar que una carta magna admite la posibilidad de contener disposiciones contradictorias, imposibles de armonizar, y que se encuentran en el texto simplemente porque el papel “lo aguanta todo”. Finalmente, en tercer lugar, debemos tener en cuenta que el carácter normativo de la constitución hace posible que sus disposiciones no sean retóricas, sino que vinculen a sus destinatarios; por eso, no es posible que unas partes de la carta magna se cumplan en desmedro de las restantes que gozan del mismo efecto jurídico y que, por tanto, también deben de ser aplicadas³³⁷.

Por todo lo anterior, cometeríamos un error si seguimos considerando que el contenido constitucional de un derecho fundamental tiene un carácter cerrado y que puede determinarse a priori, de manera abstracta, prescindiendo de las concretas circunstancias que rodean a cada caso judicial. Todo lo contrario. El contenido constitucional de los derechos posee un carácter más bien abierto; es decir, que atendiendo a las circunstancias el juez deberá, o no, enriquecer el contenido y alcances del derecho fundamental que está sujeto a interpretación. En otras palabras, un estado no podría ofrecer una adecuada protección a los derechos fundamentales a sus ciudadanos si de manera abstracta el contenido de cada derecho se encontrara ya definido en la jurisprudencia de sus tribunales, con carácter inmutable, pétreo, para la solución de todos los casos por igual con idénticos resultados, como si se tratase de una fórmula química o matemática³³⁸.

Los jueces no pueden realizar una tarea mecánica dado que ningún caso judicial es igual a otro; por eso, en la medida que el trabajo del Tribunal cumple con su función de ser el último garante de los derechos en la jurisdicción nacional, se podrá enriquecer progresivamente las pautas de interpretación para descubrir el contenido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. No olvidemos que la determinación del contenido constitucional de los derechos no se realiza de modo alguno mediante un ejercicio semántico de lo que significan las palabras de la constitución, sino más bien a partir de la naturaleza humana y su dignidad única e inmutable. Lo cual se convierte en algo muy cercano a “un mar sin orillas” para la

337. En ese sentido véase el trabajo del profesor Luis Castillo en CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra editores, Lima, 2005, pp. 246-249.

338. “Esto quiere decir que el contenido del derecho no puede quedar definido de antemano y para siempre: sino —y como debe ser— el contenido terminará de definirse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, más aún cuando su finalidad es regir efectiva y plenamente en la realidad”; cfr. CASTILLO CÓRDOVA: *Los Derechos Constitucionales...*, p. 242.

descubrir el contenido de los derechos fundamentales a través de cada caso judicial, pero siempre como un concepto de carácter abierto³³⁹.

Con relación al contenido constitucional del derecho a la imagen, el Tribunal Constitucional español atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho fundamental consiste en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, ya sea por una finalidad informativa, comercial, científica o cultural. Lo que se pretende en su dimensión constitucional es que los ciudadanos puedan decidir los aspectos de su vida personal que desean preservar de la difusión pública, para garantizar una esfera personal para el desarrollo de la propia personalidad y ajeno a cualquier injerencia desde el exterior.

Para determinar el contenido constitucional del derecho a la imagen tenemos que tener en cuenta que no se identifica con el derecho a la protección de la vida privada, pese a que pueda ocurrir en algunos ordenamientos constitucionales que no lo consideren dentro de su catálogo de derechos fundamentales sino dentro de los llamados derechos constitucionales implícitos, como es el caso de la Constitución chilena de 1980.

El derecho a la imagen, sin dejar de reconocer su identidad y autonomía, se puede vulnerar con independencia de la vulneración a la intimidad y vida privada de la persona. La imagen personal no puede ser utilizada por los medios libremente por el solo hecho de ser captada en espacios públicos, ya que también se protege en dichos espacios; naturalmente que en estos lugares se renuncia a la privacidad, pero no al derecho de control de su propia imagen como a su autorización para su reproducción y posterior difusión.

IV. Las dimensiones y protección del derecho a la imagen

El derecho a imagen tiene dos dimensiones, una dimensión personal y relacional, en esta segunda dimensión se relaciona con el derecho a la honra y el derecho a la intimidad o privacidad de la persona, como asimismo con el derecho a la libertad de información, en la medida que la sociedad es cada vez más una sociedad de la información, es que hay una creciente preocupación por proteger la vida privada, la honra y

339. En el mismo sentido véase TOLLER, Fernando: "Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales", en AA. VV: *La interpretación constitucional*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 1253.

la imagen de las personas en los ámbitos en que no hay razones de relevancia pública para su afectación.

Se ha precisado que la relación del derecho al honor y a la imagen puede dar lugar a cuatro situaciones diferentes: se puede lesionar conjuntamente ambos derechos³⁴⁰, se puede lesionar el derecho al honor y no el derecho a la imagen cuando se publica la imagen en forma justificada en atención a otros bienes constitucionales y no se afecta la integridad de la persona; se pueden afectar ambos derechos cuando no existe justificación por otros bienes constitucionales de la captación, reproducción o publicación de la imagen de la persona y al mismo tiempo se afecta su integridad personal.

No podemos dejar de comentar que, si bien la jurisprudencia de los tribunales más reciente tiende a identificar claramente el derecho a la propia imagen, existe disparidad de criterios para integrarla o conectarla con el derecho a la privacidad o con el derecho de propiedad. Ya hemos precisado que el derecho a la imagen es un derecho autónomo del derecho a la vida privada o a la honra. Nos parece más correcta la vinculación con derecho a la privacidad, ya que forma parte de los derechos de la personalidad, los cuales tienen un carácter extra patrimonial, siendo inherentes a la persona humana, indisponible, inalienable e imprescriptible.

En el caso de la demanda interpuesta por una conocida animadora de televisión que reclamó una indemnización por utilizar su imagen en una propaganda sin la debida autorización, la Corte Suprema resolvió amparándola considerando que “ (...) por su naturaleza los atributos de la personalidad son inalienables, figurando entre ellos, el derecho sobre la propia imagen, en virtud del cual se tutela la intimidad y el decoro; que, consecuentemente, es derecho indiscutible de la persona el de decidir la oportunidad y condiciones de representación de su forma corporal, así como el prohibir su desnaturalización que este derecho, tendiente a la protección de la imagen, se traduce en dos valores: uno moral y otro patrimonial; por el primero, nadie tiene por qué invadir la esfera de la privacidad, exhibiendo a los demás, sin consentimiento del

340. “El honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional, que deja de mencionar la buena reputación. Y si bien tiene una base en la dignidad humana y, por lo tanto, se cuestionaría su reconocimiento a favor de la persona jurídica, el honor se ha entendido como “(...) la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)”. Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas, al significar un ataque injustificado a su contenido. Forma parte de la imagen humana (quizás por ello el equívoco de incluir en la demanda el cuestionamiento a la imagen)”; Cfr. Exp. N°04611-2007-AA (FJ 6-40).

titular del derecho, a la efigie o imagen y, por el segundo, solo aquel le corresponde determinar las exigencias que previamente deben satisfacerse para autorizar su difusión, coligiéndose –asimismo– que tampoco está permitido procurarse un provecho económico a expensas de la imagen de una persona sin su consentimiento y, cuando así hubiere ocurrido, la obligación de asumir el resarcimiento del daño arrogado es su consecuencia (...)³⁴¹. En resolución resultó elocuente la efectiva protección extra patrimonial cuando la tendencia judicial suele ser la contraria.

Finalmente, el contenido del derecho a la imagen está compuesto por lo que cada persona desee libremente mostrar de su personalidad, lo que incluye el modo de vestir, peinarse, maquillarse, hasta los gestos y actitudes, dentro de una esfera de libertad personal. La demanda de amparo es una garantía cuando no existiera una vía igualmente satisfactoria para la protección de este derecho. Nos ponemos en el caso de una persona que sufre un despido arbitrario en su empleo por tener el pelo demasiado largo o incluso llegar al trabajo con barba. El derecho a la imagen reconocido constitucionalmente garantiza la libertad de actuar mientras no se perjudique a un tercero y sea un acto ilegal, ni a buenas costumbres. Al respecto, también existe un derecho patrimonial de comercializar la propia imagen y lucrar a través de publicidad. Esto también implica que nadie pueda utilizar con fines personales y ánimo de lucro la imagen de otro, sin su autorización, como fue nuestro caso expuesto en la introducción de este trabajo. El derecho a la imagen impide entonces comercializar por ejemplo el retrato de una persona sin su consentimiento (el cual también podría revocarse) o el de sus sucesores si el afectado hubiese muerto, salvo para fines culturales (como por ejemplo la organización de un congreso en torno a la figura de un intelectual o artista reconocido). Un derecho reconocido en el artículo 2, inciso 7, de la Constitución peruana que también está protegido por la acción de amparo³⁴².

341. Cfr. BECERRA PALOMINO, Enrique: "Derecho a la intimidad" en *Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1992, p. 133; citado por MORALES GODÓ: "Comentario al artículo 2, inciso 7, de la Constitución de 1993" en GUTIERREZ: *La Constitución comentada, análisis artículo por artículo...*, p. 121

342. Los incisos 2 y 3 son los textos modificados por el artículo de la Ley N° 26470 del 09/06/95. Los textos originales establecían: 2) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. 3) La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5), 6) y 7) de la Constitución".

El financiamiento público y privado a las organizaciones políticas³⁴³

I. ¿El problema es el financiamiento o los partidos?

Antes de iniciar el comentario a la reforma constitucional del artículo 35 de la Constitución de 1993, es conveniente recordar que los partidos políticos son asociaciones de personas que comparten e identifican con una visión sobre la realidad del país a través de principios, valores y proyectos que tienen por finalidad alcanzar el ejercicio del poder para realizar el bien común; por eso, resulta temeraria su reciente comparación con una asociación que puede comportarse como una organización criminal, especialmente para el Estado peruano que, con su cuatro e inéditos periodos democráticos consecutivos, todavía carece de un sistema político debidamente asentado.

Las presuntas irregularidades para transparentar fondos de una campaña política, tema judicializado y que debe seguir su curso bajo las garantías del debido proceso, no pueden compararse con las acciones cometidas por el partido nacional socialista en Alemania, es decir, el holocausto producido durante la segunda guerra mundial, una práctica genocida que dista de las finalidades aludidas a las organizaciones políticas; de hecho, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no reconoce la creación de partidos fundados bajo una ideología antidemocrática y atentatoria a los derechos fundamentales³⁴⁴. Si bien es posible la comisión de delitos por personas que militan y trabajan en la administración de un partido político, produciendo una cadena de responsabilidades probadas en el marco de un proceso judicial, no significa afectar los principios de razonabilidad y proporcionalidad equiparando a los partidos políticos con una organización criminal, pues, de ser el caso, similar destino tendría el partido de los trabajadores en el Brasil, que acaba de competir en las últimas elecciones presidenciales; así como el “Frente para la Victoria” en Argentina, ambos celebrando contratos con las empresas constructoras envueltas en el caso Lava Jato.

343. Una primera versión fue publicada en *VOX IURIS*, Vol. 39, 2021, pp. 42-50.

344. El inciso (2), artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn establece que “[l]os partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal”.

El primer problema se observa mirando desde lo alto: la falta de organización partidaria³⁴⁵, pues, las nuevas organizaciones no nacen con la finalidad de ejercer la política, con base en sus propuestas, planteamientos y visión al futuro. Segundo, tampoco tienen la intención de formar cuadros políticos, elegidos mediante elecciones primarias (democracia de partidos). Tercero, hasta la fecha, no parece que tengan como objetivo crear una militancia que, al igual que un cuerpo humano, posea un sistema circulatorio propio que lo mantenga vivo y en permanente actividad.

Lo que existe en nuestra joven democracia son movimientos que surgen alrededor de personajes carismáticos de ocasión, que su única finalidad es alcanzar la presidencia, el legislativo, gobernación o alcaldía, para al final de su mandato elegir al siguiente. Los candidatos se convierten en un producto mediático, que parecieran tener un equipo de técnicos detrás, con capacidad de resolver todos los problemas, lo más rápido posible y para el gusto de todos los ciudadanos.

II. El contenido de la reforma constitucional

Si el diagnóstico al problema de fondo quedó planteado, la consulta popular convocada para aprobar el financiamiento de los partidos políticos como una de las soluciones al problema, no parece la solución a la falta de transparencia de los recursos privados para el desarrollo y sostenimiento de las campañas políticas. Una práctica tradicional de los entes privados que no necesariamente se centra en el apoyo a un candidato, sino a más de uno, y de distinto color político, en la misma contienda electoral y, como regla, a condición de no declararlo públicamente con el argumento de evitar complicar sus relaciones con el virtual ganador de las elecciones que, si fuese el caso, no haya recibido su apoyo económico.

A) Datos sobre el financiamiento a organizaciones políticas

El financiamiento público a los partidos políticos comenzó en la Constitución italiana de 1947, luego siguió Alemania en 1949 y otros países europeos; en Iberoamérica³⁴⁶, México la reconoció mediante las reformas de 1977 y 1996 que fueron imple-

345. En el Perú, las excepciones a la regla las encontramos en el siglo XIX con el Partido Civil, y en el siglo XX con el Partido

346. Aprista Peruano; véase, en el mismo sentido, GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "El Sistema Constitucional peruano" en AA.VV: *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, p. 699.

Cabe añadir que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 no contiene referencia al financiamiento estatal de los partidos políticos, en el inciso (1), de su artículo 21 sólo nos dice que "(...) deben dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio".

mentándose progresivamente; a nivel constitucional un extenso como reglamentista artículo fue incorporado en su Carta de 1917³⁴⁷.

El apoyo en el principio de progresividad para una reforma de esta naturaleza, resulta prudente en la medida que el sistema político se encuentra en un proceso de formación y asentamiento de sus instituciones en el tiempo. Luego de efectuarse la enmienda constitucional, será tarea del legislativo regular las condiciones y modo de efectuarse el financiamiento público a los partidos, siempre bajo los principios de igualdad y razonabilidad para su asignación establecidos en la Constitución. La condición establecida al final del artículo 35 original, decía que los recursos y publicidad gratuita en los medios de comunicación estatales se realizaría bajo el criterio de proporcionalidad al último proceso electoral general; sin embargo, en una comunidad política que adolece de un sistema de partidos con arraigo, podría financiar agrupaciones, con importante representación parlamentaria, cuyo otrora capital político haya menguado en el último lustro y con riesgo a quedar fuera para el inmediato mandato parlamentario.

B) La reforma constitucional

Los resultados del referéndum fueron favorables a la orientación del voto promovida por el gobierno y, recientemente, el pasado diez de enero de 2019 fueron publicadas las leyes de reforma constitucional; concretamente, la Ley N°30905 aprobó la norma que modifica el artículo 35 de la Constitución de 1993, la cual que regula el financiamiento de organizaciones políticas³⁴⁸. El artículo constitucional recientemente enmendado establece que:

“Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

Mediante ley se establecen disposiciones orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de las organizaciones políticas y la transparencia sobre el origen de sus recursos económicos, así como su verificación, fiscalización, control y sanción.

347. Véase el artículo 41 de la Constitución mexicana de 1917.

348. Las otras enmiendas publicadas en el Diario Oficial El Peruano, jueves 10 de enero de 2019, son la Ley N°30904 que aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia; así como la Ley N°30906 aprobó la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República.

El financiamiento de las organizaciones políticas puede ser público y privado. Se rige por ley conforme a criterios de transparencia y rendición de cuentas.

El financiamiento público promueve la participación y fortalecimiento de las organizaciones políticas bajo criterios de igualdad y proporcionalidad. El financiamiento privado se realiza a través del sistema financiero con las excepciones, topes y restricciones correspondientes. El financiamiento ilegal genera la sanción administrativa, civil y penal respectiva.

Solo se autoriza la difusión de propaganda electoral en medios de comunicación radiales y televisivos mediante financiamiento público indirecto”.

La primera impresión sobre la reforma, además de un evidente aumento de palabras en su articulado, se aprecia en el segundo párrafo donde se encomienda al legislador las disposiciones necesarias para regular el funcionamiento de los partidos políticos, así como su transparencia, financiamiento, *accountability*, etcétera, así como el establecimiento de límites a los recursos privados, pero señalando que la publicidad en medios de comunicación públicos será por financiamiento indirecto, a diferencia de la redacción original que otorgaba gratuidad y en proporción a los últimos resultados electorales³⁴⁹.

Sobre el financiamiento público a los partidos políticos, la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán es clara. Nos dice que el legislativo no se encuentra obligado a poner equilibrio ante las evidentes diferencias fácticas proveniente de las diferencias ideológicas y sociales de los partidos, pero sí en aquellas desigualdades que los partidos tienen para poder competir en una contienda electoral³⁵⁰.

349. El artículo 35 original de Constitución peruana establece “[l]os ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general”.

350. “Como quiera que el dinero se le atribuye un rol significativo para la preparación de las elecciones, y como quiera que un partido que dispone de abundantes medios, puede desplegar en estas circunstancias una propaganda más efectiva que un partido con menos medios financieros, los donantes que cuentan con mayores ingresos podrán contribuir a que su opinión política tenga más fuerza publicitaria, y con esto lograr una influencia política con mayor efecto de que puede ejercer la de los donantes con menores ingresos”; cfr. Sentencia de la Sala Segunda del 24 de junio de 1958, en SCHWABE, Jürgen (compilador): *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Konrad Adenauer, Bogotá, 2003, pp. 376-377.

C) Financiamiento y rendición de cuentas

La reforma constitucional aprobada establece que el financiamiento puede ser público o privado, que no resulta una novedad pues así venía produciéndose en las distintas campañas electorales, pero añade el deber para su rendición de cuentas (*accountability*), además de su regular ejercicio y señalando las consecuencias jurídicas de su financiamiento ilegal; al respecto, nos llama la atención que la reforma haya decidido excluir del artículo el derecho de los partidos políticos a la gratuidad para acceder a los medios de comunicación estatal, señalando ahora un financiamiento público indirecto que, de su sola lectura, no nos presenta preocupación, pero, en la práctica, no sabemos realmente si significará lo mismo que antes de su reciente modificación.

La adhesión de un párrafo que detalle la necesidad para que la legislación regule la transparencia y rendición de cuentas, resulta obvia y de un detallismo que olvida el propósito de las disposiciones constitucionales que, en suma, tienen la finalidad de reconocer derechos, libertades e instituciones democráticas, pues de los deberes se ocupa la legislación; en ese sentido, la redacción del artículo 35 original sólo ha sido ampliada sobre aspectos que bien podrían haberse encomendado a la legislación en la materia. En la Constitución de 1993 sí existía una concreta referencia al financiamiento de las organizaciones políticas, las enmiendas añadidas que aluden a las sanciones contra el financiamiento ilícito son materia de ley y su omisión constitucional no se opone a una detallada como oportuna regulación administrativa, civil y penal. En otras palabras, de nada valdrá la reforma sin la debida regulación sobre el financiamiento de las organizaciones políticas.

III. La oportunidad para decidir el financiamiento público

El problema de fondo sobre el financiamiento no está en la Constitución peruana sino en la ausencia de legislación; por esa razón, la tarea que queda pendiente luego de la reforma constitucional es su adecuada regulación y, además, la necesidad de modificar el primer párrafo artículo 21 de la Ley de organizaciones políticas, que establece que los partidos políticos y movimientos de alcance regional o departamental “pueden” contar con el apoyo y asistencia técnica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante ONPE) para la elección de candidatos en sus elecciones internas³⁵¹. Dada la experiencia y necesidad de formalizar a los partidos, la reforma

351. El artículo 21 de la Ley N° 28094, publicada en el Diario Oficial El Peruano, 1 de noviembre de 2003, establece que “[l]os procesos electorales organizados por los partidos políticos y movimientos de alcance regional o

legal consistiría en el “deber” de las agrupaciones políticas para contar con el apoyo logístico y organización de la ONPE y la consecuente certificación de un proceso de democracia interna impecable. Una exigencia que, de estar establecida en la ley, hubiese evitado problemas de improvisación e informalidad a más de un partido político.

Las falencias de nuestra joven democracia eran conocidas una vez iniciado el proceso de transición política de fines del año 2000. Por eso, no resulta extraño que nuestros todavía débiles cimientos institucionales manifiesten cierto “chirrido” o “sobrepeso” para poder cargar con cuatro gobiernos democráticos consecutivos, un hecho inédito en nuestra historia republicana. La modificación constitucional aprobada reconoce el financiamiento privado y público a los partidos políticos, añadiendo que mediante una ley se establecerán las disposiciones de transferencia de recursos con igualdad y proporcionalidad, así como transparentar el origen de los aportes privados; sin embargo, en la realidad peruana llama la atención que nos pregunten por la conveniencia, o no, de financiar a los partidos cuando, en vez reflexionar si contamos con verdaderas organizaciones políticas con arraigo nacional, en cambio sólo tenemos asociaciones personalistas con ausencia de democracia interna, que no permiten un adecuado control y transparente rendición de cuentas al final de una campaña electoral.

Si nuestro sistema político todavía se encuentra en formación, con partidos o movimientos con un alto índice de mortalidad, incluyendo aquéllos que fueron gobierno y actualmente carecen de representantes congresales, parece oportuno que los legisladores otorguen a la ONPE la competencia para administrar los fondos públicos asignados al financiamiento de partidos, cancelando sus gastos de campaña debida y razonablemente justificados, en vez de trasladar los recursos directamente a las todavía precarias organizaciones políticas.

departamental para la elección de candidatos a los cargos de presidente y vicepresidente de la República, representantes al Congreso de la República, presidente y vicepresidente regional y alcaldes de las provincias que son capitales de departamento, pueden contar con el apoyo y asistencia técnica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) remite al órgano electoral central del partido político o movimiento los informes sobre el desarrollo del proceso electoral. En el caso de constatar irregularidades, notifica al órgano electoral central del partido político o movimiento, para que ellas se subsanen.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) remite un informe final al Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el cual ejerce sus funciones de fiscalización conforme a lo dispuesto en el artículo 178 de la Constitución Política del Perú”.

IV. Una observación final a la ley de reforma

Los proyectos de ley de reforma aprobados en el Congreso con mayoría absoluta y, seguidamente, la realización del referéndum, son los dos pasos establecidos para enmendar la Carta de 1993; comprendemos que ambos requisitos se han cumplido y que su publicación en el diario oficial culmina con el procedimiento de enmienda constitucional; sin embargo, observamos que la disposición final de la ley de reforma constitucional exhorta comunicar al jefe de estado la publicación de la norma para convocar la consulta popular, como parte del procedimiento previsto en la Constitución peruana para poder modificarse³⁵²; al respecto, surge la interrogante si el pasado referéndum, que aprobó la pregunta sobre el financiamiento público a las organizaciones políticas, equivale o no a una consulta popular efectuada como el paso que culmine con el procedimiento de reforma constitucional. La redacción del párrafo final de la ley de reforma siembra dudas, pues, comprendemos que el referéndum ha sido efectuado en cumplimiento del artículo 306 de la Carta de 1993³⁵³.

352. Las tres leyes de reforma constitucional establecen al final: “[c]omuníquese al señor Presidente de la República para que proceda a convocar a referéndum de conformidad con el artículo 206 de la Constitución Política”; cfr. Ley N°30905.

353. “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas”.

Una aproximación constitucional a la naturaleza del aporte por regulación al medio ambiente³⁵⁴

I. El medio ambiente como un derecho de solidaridad

La mayoría de especialistas en derechos humanos, especialmente en el campo del derecho internacional público, ha adoptado la clasificación que KAREL VASAK propusiera en torno a agrupar a los derechos humanos en generaciones³⁵⁵, es decir, agruparlos en el orden que fueron conceptualizados jurídicamente³⁵⁶. Esta clasificación considera como derechos humanos de la primera generación a los derechos civiles y políticos, los mismos que están orientados a proteger la libertad, seguridad, integridad física y espiritual de la persona humana; estos derechos son como sabemos el derecho a la vida, el derecho a no ser tenido en esclavitud o servidumbre; el derecho a no ser sometido a torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, incluido el derecho a un juicio justo; el derecho a la intimidad en el hogar y en la correspondencia, el derecho a la libertad de opinión y expresión, el derecho a tomar parte en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a votar y a ser elegido.

Los derechos humanos de segunda generación estarían conformados por los económicos, sociales y culturales que empezaron a ser conceptualizados en la Constitución de Mexicana de 1917 y en la Constitución Alemana de Weimar en 1919³⁵⁷.

354. Una versión anterior fue publicada en AA.VV: *El financiamiento de la fiscalización ambiental en el Perú. El aporte por regulación que percibe el OEFA*, Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, Lima, 2014, pp. 107-123.

355. El término "generación" es utilizado con la finalidad de conceptualizar estos derechos en un determinado tiempo y de ninguna manera podemos suponer que este término suponga un nacimiento y luego una extinción de los derechos humanos.

356. El Profesor ARA PINILLA distingue tres etapas en la evolución de los derechos humanos hasta nuestros días "(...) los derechos humanos pre revolucionarios (prehistoria de los derechos humanos), los derechos humanos del constitucionalismo social (los derechos humanos de la segunda generación); véase ARA PINILLA; Ignacio: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

357. "Los Derechos clásicos o Derechos de la primera generación se caracterizaban ante todo por su pretensión de defender al individuo contra el despotismo arbitrario del Estado. Eran poderes que correspondían al sujeto y que el Estado debía respetar escrupulosamente absteniéndose de toda interferencia. A su vez, los Derechos de la segunda generación aparecieron como medios para superar las desigualdades que discriminaban a la mayor parte de los ciudadanos. En relación a ellos se pensaba que no podrían llegar a realizarse verdaderamente si no

Estos derechos son: El derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la alimentación, vestido, vivienda digna, el derecho a la salud, la educación como el acceso a la ciencia y a la cultura.

A partir de la década del setenta, a la primera y segunda generación de derechos humanos se agrega una tercera, conocida como los derechos de solidaridad, producto de la interdependencia de los Estados³⁵⁸; son derechos cuya protección efectiva exige el concurso de toda la comunidad internacional, el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, a la protección del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho al patrimonio común de la humanidad. Un conjunto de derechos que pueden jurídicamente considerarse todavía en estado naciente en el campo internacional, haciéndose mención a ellos en algunas resoluciones de organismos internacionales, no encontrándose aun reglamentados como los derechos civiles y políticos y los económicos sociales y culturales.

La tercera generación de derechos humanos muestra el carácter compartido y concurrente de una pluralidad de sujetos en cada derecho de que se trata. En el derecho a la vida, por ejemplo, más que se diga que cada ser humano es su titular, aparece nítidamente perfilado como propio de cada persona. En cambio, si tomamos cualquiera de los derechos de tercera generación ya mencionados, como es el derecho a la preservación del medio ambiente, nos damos cuenta que todos los seres humanos viven en un mismo ámbito ya sea en una ciudad, región etcétera, tienen subjetivamente ese derecho, pero como el bien a proteger es común, el derecho de cada uno y el de todos forma una sola titularidad que sigue siendo subjetiva y es la vez compartida por esa pluralidad en la sumatoria de un interés común.

El derecho a la protección del medio ambiente para su adecuada protección requiere al igual que los demás derechos humanos del consenso de toda la familia humana para el cuidado de nuestra morada común, la Tierra, ya que cada vez es más evidente su dimensión moral, pues la aplicación indiscriminada de los adelantos científicos y tecnológicos ha constatado que la aplicación de algunos de esos descubrimientos en los campos industrial y agrícola producen efectos negativos al planeta en

contaban con el concurso intervencionista de la Organización estatal"; cfr. DE CASTRO CID. Benito. "La Crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948" en *Persona y Derecho*, N°25, Universidad de Navarra, 1991, p. 28.

358. Son considerados como una nueva generación de derechos, aunque también es correcto decir de que se tratan de *nuevos derechos* que darán paso a la aparición de otros, producto de los requerimientos del desarrollo humano; véase GROSS ESPIELL, Héctor. "Los problemas actuales de los Derechos Humanos" en *Derechos Humanos* en Derechos Humanos, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1991, p. 18.

el largo plazo. Todo esto ha demostrado crudamente como toda intervención de un área determinada del ecosistema tiene que considerar sus posibles consecuencias en otras áreas y en general en el bienestar de las generaciones futuras, lo cual convierte a los llamados derechos de solidaridad a aquellos que contienen un interés difuso o disperso en toda la sociedad. Cabe aclarar que no se trata de la pretensión de una parte contra los derechos de la otra, pues existe un interés de ambas en respetarlo para la mutua convivencia; en otras palabras, a los derechos de concesión para la exploración y explotación de los recursos naturales, corresponde una debida supervisión y fiscalización estatal para procurar su conservación y mejora para las generaciones futuras, lo cual demanda una visión solidaria producto de un llamado deber ambiental implícito en las disposiciones constitucionales.

II. El reconocimiento de un deber ambiental

La aparición en las constituciones modernas de un título, o capítulo, dedicado a los deberes es uno de los rasgos del Estado Social que acompaña al reconocimiento de los llamados derechos de segunda y tercera generación; en dichos casos, es especialmente notorio que la comunidad política debe actuar y poner todos los medios posibles para poder realizarlos, por eso se les conoce también como las libertades positivas³⁵⁹, precisamente por los medios materiales que debe poner el Estado para que puedan cumplirse en la sociedad. Con relación a los derechos de tercera generación, conocidos también como los derechos con intereses difusos, el reconocimiento al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado conlleva el deber de la sociedad en su conjunto para asumir las cargas necesarias para un mejor ejercicio del derecho.

Una de las cargas que la sociedad debe asumir para el ejercicio regular del derecho al medio ambiente es el deber de preservar el entorno para las generaciones futuras; por eso se obliga a los particulares a contribuir para lograr el medio ambiente necesario para el desarrollo de la persona y en la medida que el legislador determine.

359. "Todos los derechos fundamentales, como manifestación de su carácter objetivo o prestacional, requieren de una actuación positiva tanto por parte de los tribunales del Poder Judicial como -y principalmente- del Tribunal Constitucional. Esta actuación positiva es necesaria, no ya sólo para determinar la exigibilidad o no de un derecho, sino más bien y fundamentalmente para favorecer su más plena eficacia, ya sea determinando qué acciones concretas caen bajo el ámbito de protección de un derecho fundamental y cuáles no, como obligando o persuadiendo a que el poder público en su versión ejecutiva y legislativa respectivamente, adecuen su actuación al cumplimiento de sus diferentes obligaciones constitucionales, entre ellas, la de favorecer la plena eficacia de los derechos recogidos en el texto constitucional"; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 286-287.

La Constitución peruana reconoce que “[l]os recursos renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en aprovechamiento”, también establece que “[p]or ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”³⁶⁰; nos podemos dar cuenta que las normas de rango inferior refuerzan el deber de conservar el medioambiente, así como legitimar la posible imposición de sanciones penales y administrativas, con la obligación de reparar el daño ocasionado, surgidas como producto de una adecuada fiscalización. Como ocurre con el derecho, también el deber ha de concretarse legalmente. Su desarrollo infraconstitucional, en parte realizado, precisa el deber abstracto que la Constitución impone.

La necesidad de considerar un deber implícito en las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos con interés difusos, es similar al que opera con relación a lo previsto para el deber tributario establecido en el artículo 74 de la Carta de 1993³⁶¹. La regulación producida por la ley, normas del mismo rango u otras infra constitucionales, se concretan en obligaciones para los particulares o la consecuente sanción, ya sea administrativa o penal, que se prevé ante su incumplimiento son producto de ese deber constitucional implícito. La estructura de este deber de protección al reconocido derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado es un mandato implícito de las disposiciones constitucionales que se desarrolla gracias al resto de normas que son parte del ordenamiento jurídico.

El reconocimiento de este deber implícito de conservación y la contribución de todos a la preservación del entorno no es una tarea exclusivamente asignada a los poderes públicos. Como sabemos, el artículo 66 de la Constitución peruana establece la soberanía estatal para el aprovechamiento del medio ambiente y, además, que por ley orgánica se concederá su utilización y otorgamiento a particulares, lo que implican obligaciones tanto para los poderes públicos como para los particulares beneficiarios

360. Cfr. Artículo 66 de la Constitución peruana de 1993.

361. El artículo 74 de la Constitución peruana establece que “[l]os tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. (...) Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. (...) Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. (...) No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”.

de la concesión; por eso, con relación a la defensa del medio ambiente debemos distinguir entre protección y conservación, así como la restauración formal y la mejora del entorno. Por ese motivo, cada una de las disposiciones constitucionales relativas al medio ambiente y los recursos naturales debe ser concretada en efectivas regulaciones, generales o sectoriales, las cuales deben lograr la utilización racional de dichos recursos; consecuentemente, los procesos o técnicas de protección o restauración del entorno no sólo pueden tener aparejadas restricciones del uso de los recursos, sino también ciertos límites al ejercicio del derecho para disfrutarlos, debido a que el disfrute de los bienes ambientales puede ser, en ciertos casos, resultar incompatible con el deber de su preservación.

III. Los principios rectores del derecho ambiental y su naturaleza preventiva

La falta de concreción en las cartas magnas respecto a las delimitaciones de los deberes constitucionales ha querido ser compensada con la inclusión del llamado delito ecológico en el Código Penal y, en el derecho administrativo, con la imposición de sanciones. Las sanciones tienen la finalidad de castigar, con la intensidad que determine el poder público, el conjunto de lesiones contra los bienes ambientales; por eso corresponderá al legislativo tipificar cuáles serán las acciones constitutivas de lesión y, según su gravedad, la imposición de una sanción administrativa o penal. Sin embargo, el reconocimiento de un deber implícito en los derechos con intereses difusos nos conduce a la observancia de los principios del derecho ambiental, los cuales tienen como común denominador una naturaleza previsorora, pues no será suficiente una normativa sancionadora en materia de medio ambiente, que actúa con efectos posteriores al daño, sino prudentemente previsorora para evitarlo mediante una adecuada fiscalización.

Con relación a los principios del Derecho ambiental, el Tribunal Constitucional ha recordado en su jurisprudencia el mandato impuesto al Estado en su conjunto para, citando a la Corte Constitucional colombiana, al cumplimiento de los llamados deberes destinados a la “protección de la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y el fomento de la educación para obtener esos fines, que comportan igualmente una planificación del manejo y del aprovechamiento de los recursos naturales de manera que se garantice su desarrollo sostenible, conservación, restauración o sustitución, así como la prevención y control de los factores del deterioro ambiental, que se traducen en las acciones más importantes para que el Estado cumpla con los propósitos especialmente definidos respecto

de la existencia de un medio ambiente sano y equilibrado (...)”³⁶². Un repaso a los principios nos ayudará para reforzar nuestra posición.

A) El principio conservacionista

Se trata de un principio que tiene la finalidad de retirar del comercio ciertos bienes naturales cuya utilización se reduce al exclusivo disfrute por la sociedad. Es el caso de los parques nacionales, así como los espacios naturales protegidos donde se desea proteger los recursos de las zonas, prohibiendo su explotación. La Constitución peruana recoge el principio de conservación cuando nos dice que el Estado tiene la obligación de promover la conservación de diversidad biológica³⁶³. El Tribunal Constitucional define a las áreas naturales protegidas como “(...) los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional que se encuentran reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado. Dicha condición surge por su importancia para la conservación de la diversidad biológica y demás valores asociados con el interés cultural, paisajístico y científico, amén de su contribución al desarrollo sostenible del país. La declaración de área natural protegida implica su constitución como patrimonio de la nación y que sea objeto de dominio público, lo que genera que la propiedad no puede ser transferida a particulares (...)”³⁶⁴.

B) El principio proteccionista

El deber de conservación no puede realizarse sin que se adopten sendas medidas protectoras para impedir un menoscabo al medio ambiente; por esa razón, se hacen necesarios todos los medios técnicos existentes que procuren limitar las actividades contaminantes, hasta la prohibición de la caza y comercialización de la flora y fauna protegidas; la Carta de 1993 establece el deber estatal de promover las áreas naturales protegidas ³⁶⁵.

C) El principio de uso sostenible y mejora del entorno

Se trata de un principio que hace tener presente que serán insuficientes las políticas para conservar y proteger los recursos naturales si a su vez no se implementan

362. Véase el Exp. N° 0018-2001-AI/TC (FJ 10).

363. Véase el artículo 68 de la Constitución de 1993; véase además el Exp. N° 0437-1997-AA/TC (FJ 4).

364. Cfr. Exp. N° 0759-2002-AA/TC (FJ 4 y 7).

365. Véase el artículo 68 de la Constitución de 1993.

los medios que sean necesarios para que el entorno mejore para el disfrute de sociedad. Cabe añadir, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos no se determina a priori, tampoco es igual para todos los casos que se presenten, sino más bien es de contenido abierto; por eso, en el derecho a la calidad de vida varía en la medida que cambien los cánones de calidad; se trata entonces de una tarea irrenunciable de los poderes públicos; sobre el reconocimiento a este principio, la Norma fundamental encomienda al Estado la promoción del uso sostenible de sus recursos naturales³⁶⁶.

D) El principio de restauración

Las técnicas de mejora del entorno varían según se trata del bien ambiental mejorable, por ejemplo, para un entorno especialmente protegido la mejora podría consistir más que mejorar la calidad del bien ambiental, o velar más detenidamente en su protección para evitar su inminente deterioro, será necesario contar con medidas restauradoras más enérgicas. Se trata de un principio que invoca la puesta en marcha de una política a largo plazo, que verá sus frutos si las técnicas productivas contemporáneas utilizadas en los procesos industriales son progresivamente innovadas por otras menos contaminantes. La Constitución peruana no reconoce expresamente el principio de restauración, pero establece que por ley orgánica se fijan las condiciones de la utilización y otorgamiento de la concesión de recursos naturales a los particulares, con lo cual se entiende que dentro de dichos deberes se encontrará el de conservación y restauración, si fuese el caso, de los bienes naturales concesionados³⁶⁷.

E) El principio de planificación ambiental

Se trata de un principio que implica una de las tareas más complejas encomendadas a los poderes públicos, pues son muy dependientes de varios factores que dificultan su ejecución, como pueden ser los sociales, históricos, culturales y económicos que pueden condicionar la política que se desea emprender; no es de extrañar que las políticas con mayor grado de repercusión ambiental sea la urbanística, especialmente cuando existe un déficit de infraestructura. Se trata de un principio que se encuentra reconocido constitucionalmente cuando se encomienda al Estado a fijar por ley las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares; a determinar la política nacional del ambiente y, además, a promover la Amazonía mediante una legislación

³⁶⁶. Véanse los artículos 67 y 69 de la Constitución peruana de 1993.

³⁶⁷. Véase el artículo 66 de la Constitución peruana de 1993.

adecuada, la cual deberá expresar la política de planificación ambiental del gobierno en conformidad con el ordenamiento jurídico³⁶⁸.

El reconocimiento de principios del derecho ambiental son una guía al legislador que ilumina el contenido constitucional de su producción normativa; en esa tarea, los elementos que configuran la existencia de una política nacional ambiental deben estar referidos con siete aspectos a tener en cuenta:

A) La regulación del derecho positivo: por ser necesaria la existencia de una normativa ambiental que sea capaz de preservar la sostenibilidad y promover conductas responsables para la conservación del medio ambiente, las cuales deberían conducir al desarrollo de un código del medio ambiente inspirado en los principios que mueven al sector, armonizados con las disposiciones constitucionales y su debida interpretación por los jueces.

B) La coherencia institucional: debe estar presente en los distintos niveles gubernamentales y ser capaz de gestionar la aplicación, cumplimiento de la normativa, así como la promoción de una sensibilidad ambiental, tanto al nivel individual como colectivo, para estimular la dimensión solidaria del derecho al medio ambiente.

C) La participación ciudadana: para una adecuada política ambiental es necesario el establecimiento de mecanismos que la garanticen para su debida definición, aprobación e implementación, promoviendo la toma de decisiones, así como el acceso a la información, administración de justicia de asociaciones privadas y sin fines de lucro preocupadas en el estudio y análisis de la gestión ambiental.

D) El factor económico: el deber de establecer los mecanismos financieros que sean capaces de sustentar en el tiempo toda la demanda de recursos que la gestión ambiental requiere en un país, lo cual hace necesario reconocer una actitud solidaria de responsabilidad compartida del Estado y las empresas concesionarias de los derechos de exploración y explotación de los recursos naturales.

368. Véanse los artículos 66, 67, segundo párrafo, y el artículo 69 de la Constitución de 1993; véase además el Exp. N°1103-2001-AA/TC (FJ 2); sobre los principios del Derecho ambiental véase también CANOSA USERA, Raúl: *Constitución y Medio Ambiente*, Jurista Editores, colección: Constitución y Derechos Humanos N°1, Lima, 2004, pp. 232-253.

E) La protección a los intereses difusos: la incorporación de mecanismos que permitan a los ciudadanos a iniciar procedimientos administrativos, o jurisdiccionales, para pronta defensa del derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, haciéndose necesario para las constituciones de más de cincuenta años la debida actualización del concepto de medio ambiente, una tarea encomendada a los jueces al momento de resolver casos concretos, así como el ejercicio de las garantías constitucionales para su debida protección judicial³⁶⁹.

F) La publicidad: por ser necesaria tanto la formación, capacitación y difusión con la finalidad de obtener un mejor conocimiento ciudadano sobre los elementos que configuran la política nacional ambiental, una manera de concretar el principio democrático de transparencia y acceso a la información.

G) La estabilidad democrática: la voluntad política de impulsar la política ambiental con todos sus alcances se convierte en el factor determinante para apoyar las tareas de gestión de la autoridad competente, precisamente por la continuidad y alternancia en el ejercicio del poder que implican un fortalecimiento de la institucionalidad y el Estado de Derecho³⁷⁰.

Los principios y políticas ambientales enunciados permiten comprender que el reconocimiento y efectivo disfrute del derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado demanda una visión solidaria por parte de la comunidad política y las empresas que se dedican a la exploración y explotación de los recursos naturales. Por eso, el aporte por regulación (en adelante APR) exigido a las empresas es un modo de concretar el mutuo deber ambiental, como un acto de corresponsabilidad en la tarea de conservación y mejora del medio ambiente, mediante la contribución de recursos económicos provenientes de su explotación que permitan una adecuada fiscalización y supervisión. En ese sentido, es menester brindar una visión constitucional a la naturaleza de los APR.

369. Al respecto, cabe tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional cuando nos dice que "(...) no proceden las acciones de garantía en caso de haber cesado la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o si la violación se ha convertido en irreparable. Y, en el presente caso, la Acción de Amparo se interpone para que se declare la no aplicación del Decreto Ley N°25980, sin que exista un acto concreto que vulnere derecho constitucional alguno de las empresas demandantes; y que la referida norma ha sido derogada por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27037, Ley de Promoción a la Inversión en la Amazonía, publicada el 30 de diciembre de 1998 (...)"; cfr. Exp. N°0751-1996-AA/TC (FJ 2).

370. Véase el comentario al artículo 67 de la Constitución peruana por CAILLAUX ZAZZALI, Jorge en GUTIERREZ, Walter (director): *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo II, Gaceta Jurídica, segunda edición, Lima, 2013, pp. 182-183.

IV. La constitucionalidad de los aportes por regulación

Los elementos que configuran la existencia de una política nacional ambiental justifican la necesidad de una responsabilidad conjunta cuando se trata de la prevención, conservación y mejora de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; es decir, no se trataría solamente de impulsar una labor fiscalizadora estatal financiada por los contribuyentes en su conjunto sino, además y especialmente, por las empresas concesionarias que, directamente, se dedican a la explotación de los recursos naturales, especialmente de energía e hidrocarburos. Por ese motivo, el llamado APR que abonan las empresas mineras al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA), tiene la finalidad de financiar las actividades no sólo de evaluación sino también supervisión y fiscalización de los recursos ambientales. De acuerdo con la Constitución peruana se trata de una contribución, la cual también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Fiscal.

El nacimiento del APR data del año 2000 mediante la Ley N°27332³⁷¹, su finalidad consiste en la necesidad de la función pública para poder financiar de deber de regulación y supervisión ambiental, contemplándose en la ley todos los elementos esenciales de la contribución. De esta manera, la norma identifica como acreedores tributarios a las entidades públicas y como deudores tributarios a las empresas fiscalizadas, fijando como base imponible la facturación anual de las empresas supervisadas, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal; estableciéndose el 1% como alícuota tope de dicha facturación.

Es en el año 2012, mediante Ley N° 29951³⁷², en que se reconoce al OEFA como el nuevo acreedor tributario de esta contribución, cuando establece que sus funciones de fiscalización ambiental estarán financiadas con el APR creado por la Ley N° 27332, siendo ratificada su calidad de acreedor tributario mediante la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30011³⁷³; recibiendo una ratificación adicional mediante la sexta disposición complementaria final en la Ley N° 30115³⁷⁴, así como estableciendo el porcentaje de la alícuota que le corresponderá al OEFA, el cual deberá ser pagado por las empresas mineras, estableciéndose 0,15% para los años 2014 y 2015 y 0,13% a partir del año 2006; sendos porcentajes que son significativa-

371. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

372. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.

373. La norma que modifica la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, de abril del 2013.

374. Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, de diciembre del 2013.

mente menores al 1% de la alícuota tope³⁷⁵.

El APR carece de la misma naturaleza que arancel de fiscalización minera que antes abonaban las empresas; pues, mientras que el mismo arancel comprendía sólo los costos vinculados a la supervisión realizada, el APR incluye todos los costos de las diferentes actividades de evaluación, supervisión y fiscalización ambiental que debe realizar el OEFA con relación a la mediana y gran minería, por tanto, no es apropiada su comparación dado que tienen una naturaleza distinta y costos diferentes. Por otra parte, el monto recaudado por el APR se destinará exclusivamente al financiamiento de la fiscalización ambiental que desarrolla el OEFA en los sectores minería y energía. La fiscalización que se realiza a los demás sectores, como la industria y la pesquería, se sustenta con otros ingresos.

Por las razones anteriores, el APR guarda armonía con el ordenamiento constitucional y legal vigente; se trata de un tributo que respeta el principio de legalidad y carece de efecto confiscatorio. Desde el punto de vista constitucional, se trata de un deber implícito al reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, una contribución indispensable para que el Estado pueda ejercer, y también consolidar, su tarea de fiscalización ambiental que resulta onerosa y que debe solidariamente ser compartida tanto por los acreedores como los deudores tributarios para el pleno y responsable ejercicio de las actividades económicas y la protección del ambiente mediante un desarrollo sostenible en el tiempo³⁷⁶.

V. La posición del Tribunal Constitucional respecto a los APR

El máximo intérprete de la Constitución argumenta que el APR tiene una naturaleza tributaria y que, como todo tributo, se encuentra sometido a la observancia de los principios constitucionales reconocidos en el artículo 74 de la Constitución (le-

375. Véase el Decreto Supremo N°130-2013-PCM, de diciembre del 2013. El artículo 3 de la Resolución de Consejo Directivo N°009-2014-OEFA/CD establece también que el "aporte por regulación tiene la naturaleza de contribución, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). (...) Los recursos obtenidos por la aplicación del referido aporte constituyen ingresos propios del OEFA y tienen como finalidad el financiamiento de la fiscalización ambiental de las actividades de energía y minería, en el marco de lo establecido en la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N°29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2013 y la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N°30011, Ley que modifica la Ley N°29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental".

376. El APR empezó a regir en febrero de 2014 y, según cálculo de la OEFA; se estima que debe generar alrededor de S/.42 millones de nuevos soles para la labor de fiscalización de la actividad minera y energética durante el año 2014.

galidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales), los cuáles que constituyen los límites de observancia obligatoria³⁷⁷. La posición del Colegiado se apoya precisamente en la definición de lo que se entiende por tributo; es decir, aquella obligación jurídicamente pecuniaria, *ex lege*, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley³⁷⁸. A partir de esta definición se hace posible establecer los elementos constitutivos de todo tributo, como son: (a) su creación por ley; (b) la obligación basada en el *ius imperium* del Estado; y (c) su carácter coactivo, distinto a una sanción por acto ilícito³⁷⁹.

Los elementos del tributo señalados se pueden observar en el artículo 10 de la Ley N° 27332³⁸⁰, que establece que los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de facturación anual, deducido el impuesto General a las Ventas y el de Promoción Municipal, de las empresas. Un aporte que será fijado en cada caso mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, así como por el Ministro de Economía y Finanzas.

De esta manera, los APR recaudados en de los Organismos Reguladores son obligaciones de pago surgidas por ley y poseen una naturaleza coactiva, su incumplimiento da lugar a la aplicación de sanciones e intereses previstos en el Código Tributario³⁸¹. El artículo 10 de la Ley N° 27332 establece el supuesto que origina el deber de pagar este aporte, como es la actividad de supervisión y regulación, es una disposición de carácter general, pues mediante ella se crearon diversos y similares aportes para los organismos reguladores. Por eso, el Tribunal Constitucional considera que si bien la simple lectura del artículo 10 establece las características generales del sujeto pasivo del aporte han sido determinadas por ley; ello no resulta tan evidente; pues, a su juicio, la fijación del aporte es el único caso de derivación de un elemento esencial del tributo al reglamento; es decir, la alícuota del tributo que es un tope establecido en la propia ley.

El Tribunal Constitucional precisa además que la reserva de ley en materia tributaria se admite siempre y cuando los parámetros estén establecidos en la ley. De

377. Véase el Exp. N°3303-2003-AA/TC.

378. Cfr. ATALIBA, Geraldo: *Hipótesis de Incidencia Tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario; Lima, 1987, p. 37.

379. Véase el Exp. N°3303-2003-AA/TC.

380. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

381. Conforme se establece en el Decreto Supremo N° 004-2002-PCM, que derogó el Decreto Supremo N°114-2001-PCM.

igual manera, el Colegiado indica que el grado máximo de concreción de los elementos esenciales del tributo en la Ley se producirá cuando regula el hecho imponible, y será menor cuando se trata de otros elementos, pero en ningún caso podrá aceptarse la entrega de un “cheque en blanco” de facultades al poder ejecutivo para que esté habilitado a regular la materia³⁸². En consecuencia, cuando el artículo 10 de la Ley N° 27332 establece que: “[l]os Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido del Impuesto general a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo (...)”, nos encontramos ante una remisión legal admitida, pues no equivale a una habilitación en blanco al reglamento, dado que se permite regular a los organismos reguladores la alícuota creada por Ley, pero sólo bajo los parámetros que la misma ley le confiere, sin excederse del tope del 1%.

A) El APR no afecta el principio de no confiscatoriedad de los tributos.

El Tribunal Constitucional argumenta sobre la no confiscatoriedad, que se trata de un principio que no sólo informa sino limita el ejercicio de la potestad tributaria constituyendo un mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, como el derecho de propiedad, que evita que los efectos de ley tributaria puedan afectar, de modo irracional y desproporcionado, la esfera patrimonial de las personas. Por eso se encuentra también relacionado con el derecho de igualdad en materia tributaria o, es decir, con el principio de capacidad contributiva por el cual, el reparto de los tributos ha de realizarse con justicia distributiva, es decir, “igual a los iguales y desigual a los desiguales”. En resumen, las cargas tributarias deben recaer donde exista riqueza que deba ser gravada, lo que implica tener en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes³⁸³.

De otro lado, el mismo Colegiado nos dice que el principio de no confiscatoriedad también tiene una función institucional, pues, con su observancia, se puede

382. Véase el Exp. N°3303-2003-AA/TC.

383. Con relación a la naturaleza de los tributos, además de una importancia cuantitativa, gozan también de una relevancia cualitativa, precisamente por los efectos que puede generar tanto en la realización de la justicia como de la equidad, también por sus efectos distributivos en el conjunto de la sociedad, por el papel que cumple en las democracias contemporáneas, por su grado de influencia en preferir determinados servicios públicos en un Estado Social y Democrático de Derecho, así como el cambio de conductas que puede generar en los ciudadanos en una sociedad de mercado; véase además SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo: “comentario al artículo 74 de la Constitución de 1993” en GUTIERREZ (director): *La Constitución Comentada...*, p. 290.

asegurar que los principios que inspiran la llamada “Constitución económica”, el pluralismo económico, la propiedad o la empresa, no se encuentren en la práctica vacías de contenido cuando ejerza la potestad tributaria estatal³⁸⁴. Es así que el principio de no confiscatoriedad de los tributos constituye un pilar estructural de la también llamada “Constitución tributaria”, establecida en la Carta de 1993; es decir, todo un parámetro de observancia que impone la constitucionalidad a los órganos que ejercen la potestad tributaria para que respete un conjunto de exigencias mínimas que se derivan a su vez de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, de acuerdo con los principios que inspiran nuestro Estado Democrático de Derecho, se afectaría el principio de no confiscatoriedad cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado bajo un orden constitucional respetuoso de la propiedad y los principios que inspiran nuestra llamada Constitución económica³⁸⁵. Debemos tener en cuenta que todos los tributos inciden, de una manera u otra, sobre la propiedad; incluso cuando se gravan las rentas o utilidades, como ocurre con el impuesto a la renta, pues dichas rentas forman parte del patrimonio del contribuyente y la propiedad, en ese sentido, también es una manifestación de riqueza susceptible de poder ser gravada. Por eso, como sostiene el Tribunal, el problema no consiste en determinar si un impuesto puede o no gravar la propiedad, sino establecer el monto que no resulte lesivo al pleno ejercicio del derecho³⁸⁶.

B) Los criterios a tener en cuenta para precisar la confiscatoriedad

El máximo intérprete de la constitucional argumentó en su sentencia N° 2727-2002-AA/TC, que el principio de no confiscatoriedad no siempre puede ser precisado en términos generales y abstractos, pues debe ser analizado para cada caso, considerando la clase de tributo, así como las concretas circunstancias de los contribuyentes obligados a sufragarlo. Por eso, para lograrlo se hace necesario tener claro dos aspectos. El primero de ellos es que las contribuciones son tributos vinculados, su obligación social es producto de los beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; por tanto, la razón de su cobranza no surge en función a su capacidad contributiva sino por el beneficio, ya sea real o potencial, que pueda obtenerse de la actividad reguladora que brinda el Estado.

384. Véase el Exp. N° 2727-2002-AA/TC (FJ 4).

385. Véase el Exp. N° 2727-2002-AA/TC (FJ 5).

386. Véase el Exp. N° 2727-2002-AA/TC (FJ 6).

La generación de utilidades y pérdidas en una empresa se encuentra más relacionada con la explotación racional del negocio, lo cual es distinto a la obligación del pago de una contribución para la debida fiscalización y supervisión de los recursos ambientales. Por ese motivo, como segundo aspecto a considerar, la confiscatoriedad no se determina mediante el establecimiento de un límite absoluto para todos los casos, dada su variabilidad en el tiempo y las circunstancias; se necesita una comprobación que no se circunscribe a uno o dos meses de facturación, sino que necesita la verificación de las fluctuaciones en distintos periodos consecutivos para poder determinar la contribución afecta, o no, razonablemente el derecho de propiedad³⁸⁷.

387. Véase el Exp. N°1520-2004-AA/TC.

El test de proporcionalidad a la prohibición genérica de publicidad estatal en medios privados³⁸⁸

El 11 de octubre de 2018 el Tribunal Constitucional resuelve por acumulación las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 30793³⁸⁹, norma que regula el gasto de publicidad del Estado peruano. El máximo intérprete falló declarando fundada en parte las demandas por vulnerar el derecho a la libertad de información, a la legalidad de contratar con fines lícitos y por vulnerar la regulación constitucional de los decretos de urgencia, declarando infundadas sus demás pretensiones³⁹⁰. Una resolución con alrededor de ciento veinte páginas, incluyendo cinco fundamentos de voto y uno singular³⁹¹.

La resolución del Tribunal tiene como punto de gravedad en su argumentación, la vulneración del ejercicio de la libertad de información y de contratar, las cuales quedaron afectadas por una rígida regulación de los gastos estatales en publicidad que se realizan en los medios de comunicación privados; al respecto, el colegio sostiene que “(...) [s]iendo la libertad de información un derecho de la sociedad misma, es importante preguntarse si la publicidad estatal es uno de los mecanismos jurídicos para concretizarla. O, dicho de otro modo, si es que la prohibición total de la publicidad estatal supone una restricción para el derecho a recibir información en su faceta social o colectiva”³⁹²; reflexión que no obliga al estado a contratar la difusión de publicidad a través de los medios de comunicación privados, siempre y cuando posea los medios e infraestructura suficiente para realizar una eficaz cobertura integral de lo que publicita a nivel nacional³⁹³.

El máximo intérprete de la constitucionalidad se detiene en establecer la di-

388. Una primera versión fue publicada en *Gaceta Constitucional*, Tomo 165, marzo 2019, pp. 52-58.

389. Las sendas demandas de inconstitucionalidad fueron presentadas por el poder ejecutivo y más del 25 % del número legal de parlamentarios contra el Congreso de la República.

390. La resolución que comentamos fue aprobada con los votos de los magistrados: Blume Fortini, Miranda Canales, Ramos Nuñez, Sardón de Taboada, Espinosa-Saldaña Barrera, Ferrero Costa.

391. El voto singular de la Magistrada Marianella Ledesma Narváez.

392. Cfr. Exp. N°0012-2018-PI/TC y N°0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 75).

393. En el norte del país, por ejemplo, las normas legales son publicadas y distribuidas por periódicos privados y no por el diario oficial *El Peruano*.

ferencia existente entre los tipos de publicidad que puede efectuar el estado; la institucional, cuando comunica temas de interés público, y la comercial, realizada por las entidades públicas que compiten en el mercado³⁹⁴; sin embargo, como agrega el colegiado, la relación existente entre los deberes del estado y el ejercicio de la libertad de información, convierte a la publicidad institucional en un medio eficaz para su realización. Una afirmación que exige al estado emplear sus recursos propios para difundir la información y, complementariamente, a través de los medios de comunicación privados para lograr esos objetivos.

La resolución en instancia única que puso fin a la demanda de inconstitucionalidad que comentamos, se ha convertido en un episodio histórico-republicano de las relaciones ejecutivo-legislativo a pocos años del bicentenario de la emancipación, en medio de un ambiente de crispación política que, de haber sido debatida bajo un espacio de mayor reflexión, pudo concluir con la producción de una norma con la debida razonabilidad y proporcionalidad.

I. ¿Es válida la finalidad constitucional de la Ley N° 30793?

El contenido de la Ley N°30793 tiene la finalidad instituir la prohibición de la publicidad estatal en los medios de comunicación privada³⁹⁵, utilizando únicamente los medios públicos y a precio de costo, exceptuando de esta prohibición genérica a las labores periodísticas, como son los reportajes, las entrevistas a las autoridades públicas, al cubrir las conferencias de prensa y otras funciones en el pleno ejercicio del derecho a la información, que no deberán ser remuneradas por las entidades estatales; afirmando que su inobservancia constituiría delito de malversación³⁹⁶.

La finalidad de la ley que analizamos regula el gasto de publicidad del Estado peruano y guarda correspondencia con el contenido del artículo 77 de la Constitución cuando establece que “[e]l presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades

394. Es el caso de los países que, por ejemplo, cuentan con una línea aérea de bandera, administrada por el estado, que compite con el resto de empresas de aviación; véase Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N°0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 95).

395. En la resolución que comentamos, el fundamento de voto del Magistrado Sardón de Taboada sostiene sobre el mandato legal de prohibición genérica de publicidad estatal en medios privados, que “(...) distorsiona supuestos básicos de la Constitución”, los cuáles entendemos que aluden a las disposiciones que sostienen su unidad y coherencia interna en el marco de un sistema de fuentes jurídico-constitucionales.

396. Véase, artículo 3 de la Ley N°30793.

sociales básicas y de descentralización”; es decir, los recursos públicos obtenidos por la recaudación tributaria deben distribuirse eficientemente, es decir, que el Estado debe ejecutar el presupuesto general de la República con la debida capacidad para realizar o cumplir adecuadamente con su función, como es promover la producción de los bienes estatales que sean necesarios (infraestructura), la correcta atención de los servicios públicos, la conservación de la seguridad ciudadana y defensa nacional³⁹⁷.

La necesidad de regular el gasto publicitario del estado tiene la finalidad de orientar una mejor administración de los fondos públicos, estableciendo como regla general que “(...) las entidades públicas, incluidas las de derecho privado y las que estén en regímenes especiales, así como las empresas del Estado, los gobiernos locales y los regionales podrán publicitar sus tareas de gestión únicamente en los medios de comunicación del Estado a tarifa de costo”³⁹⁸; estableciendo como excepciones a esta regla “(...) los casos de desastres o emergencias nacionales declarados por decreto de urgencia, las campañas de educación electoral por parte de los entes electorales una vez convocadas las elecciones”³⁹⁹ que, como es razonable, requieren de una inmediata y rápida atención estatal para comunicar y cumplir con eficiencia las necesidades sociales básicas, evitando su abrupta interrupción a los ciudadanos afectados.

El marco regulatorio que establece la Ley N° 30793 también impide que la información de un órgano estatal, propale a través de un medio de comunicación, público o privado, incluyendo redes digitales, publicidad a la imagen de una autoridad, funcionario o servidor público⁴⁰⁰. La regulación también alcanza al monto de contratación del estado con los medios privados, estableciéndose que “(...) no puede ser mayor al 10% del total facturado por el medio de publicidad siempre y cuando no supere el 0.25% de la partida de bienes y servicios de la entidad”⁴⁰¹, además de prohibir la

397. De acuerdo con García Cobián, “[e]n el Estado constitucional y democrático o en los tiempos de la constitucionalización del Derecho, el Derecho presupuestario debe considerarse impregnado por la Constitución (...) y, por lo tanto, debe configurarse como un instrumento de limitación de la potestad presupuestaria del Estado en función de la realización de los derechos fundamentales”; cfr. GARCÍA COBIÁN CASTRO, Erika: “La constitucionalización del derecho presupuestario y la protección de los derechos fundamentos: apuntes para la reflexión en el Perú” en *Pensamiento Constitucional* N°20, 2015, p. 162.

398. Cfr. Artículo 1 de la Ley N°30793.

399. Cfr. Artículo 4 de la Ley N°30793. La dación de los decretos de urgencia es una atribución presidencial para que el ejecutivo pueda, bajo situaciones de extraordinarias y emergencia, poder legislar en materias económicas y financieras con cargo de dar cuenta al Congreso; un instrumento normativo que permite mayor agilidad estatal para actuar, prontamente, ante circunstancias de carácter excepcional.

400. Véase el inciso (a) del artículo 5 de la Ley N°30793.

401. Cfr. Inciso (b) del artículo 5 de la Ley N°30793.

contratación de medios de comunicación privados que no se encuentren inscritos en el registro nacional de proveedores, que carezcan licencia de radiodifusión o deudas tributarias con el estado⁴⁰².

La finalidad de la Ley N° 30793 consistió en prohibir de modo genérico la publicidad estatal en medio de comunicación privados, compensando los déficits de cobertura de los medios de comunicación estatal con las empresas privadas de prensa, radio y televisión sólo, y excepcionalmente como mencionamos, para los casos de desastres o emergencias nacionales que hayan sido declaradas mediante un decreto de urgencia; al respecto, el Tribunal también declaró inconstitucional el artículo 4 de la Ley N° 30793 que recurre a este tipo de legislación, atribución del Presidente de la República, como instrumento para exceptuar la prohibición genérica de publicidad estatal en medios privados; argumentando que condiciona la acción del ejecutivo cuando debería recurrir a la “legislación pertinente sobre la materia”⁴⁰³, pero sin señalar a cuáles normas se refiere y que no sean la ley ordinaria aprobada por el Congreso o la legislación delegada al ejecutivo. Sobre este punto de discusión, el colegiado nos dice que “la materia económica y financiera debe ser el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico”⁴⁰⁴; un argumento que pone acento en la forma y no el fondo, precisamente por la naturaleza de los decretos de urgencia que consiste en ser un tipo de norma para un “ejecutivo con reflejos” que permite una rápida reacción estatal para dictar medidas extraordinarias ante una emergencia⁴⁰⁵, mediante una norma que tenga fuerza de ley en materia económica y financiera en razón a un interés nacional, como son por ejemplo los estados de emergencia y desastres que producen pérdidas así como obras de reparación y reconstrucción que implican mayor gasto público⁴⁰⁶.

Para finalizar esta primera pregunta, si bien el fin de la ley responde a los criterios de eficiencia y correcta administración de los fondos públicos, nos preguntamos si, atendiendo a la realidad nacional, en lo concerniente al desarrollo de la infraestructura vial y tecnológica, preguntémosnos si se trata, o no, de una medida idónea res-

402. Sobre las deudas tributarias, el inciso (d) del artículo 5 de la Ley N°30793 especifica que sean exigibles de cobranza coactiva.

403. Cfr. Exp. N°0012-2018-PI/TC y N°0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 237).

404. Cfr. Exp. N°0012-2018-PI/TC y N°0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 228).

405. Un movimiento telúrico de nueve grados en la escala de Richter no ocurre todos los días.

406. Véase el inciso (19) del artículo 118 de la Constitución.

tringir la publicidad estatal en medios públicos y sólo, por excepción, a las empresas privadas que ofrecen dicho servicio.

II. ¿Es una medida idónea la regulación establecida para controlar el gasto estatal en publicidad?

Para abordar la tarea de explicar si una medida es o no idónea, debemos comenzar por preguntarnos si el contenido de la norma en cuestión reúne las condiciones necesarias, u óptimas, para cumplir con sus concretos fines en favor de la separación de poderes y los derechos fundamentales; en otras palabras y para el caso concreto, si el presupuesto público al momento de asignar el gasto en publicidad observa los principios de justicia presupuestaria, programación, gestión financiera y control del gasto público⁴⁰⁷, teniendo en consideración que si bien es un deber del estado el reconocimiento y protección a la libertad y el acceso a la información, “las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente” de acuerdo con las capacidades económicas y financieras del estado⁴⁰⁸.

El análisis de fondo pasa por estudiar si los medios de comunicación estatales son capaces de realizar una cobertura completa en todo el territorio nacional; en otras palabras, si la prensa escrita, así como los medios que utilizan el espacio radio eléctrico para las transmisiones, incluyendo la señal de internet que administra el estado⁴⁰⁹, están en condiciones de cubrir con eficiencia las funciones de comunicación estatal con los ciudadanos en todo el país.

Si bien la respuesta a la segunda pregunta pasa por un análisis de naturaleza más técnica (medios y costos) que jurídica (deberes y derechos), es conocido que la geografía peruana, con una cordillera que lo atraviesa de norte a sur, contando con

407. El principio de justicia presupuestaria es la equidad que debe observarse al momento de analizar las necesidades públicas y su prioridad respecto a otros gastos pendientes, se trata de asignar a cada uno lo necesite; el principio de programación, dado que todo presupuesto debe sustentar los objetivos y metas que desea alcanzar el principio de gestión financiera responde al reconocimiento que los recursos financieros de la administración pública se orientan hacia la atención de los intereses de la sociedad, observando a su vez los principios de economía, eficacia y eficiencia; el principio de control del gasto público, que responde a la fiscalización de acuerdo con los principios de transparencia y la *accountability*; véase MADRIGAL, Ricardo: “Los principios del presupuesto público” en *Derecho en sociedad*, N° 5, revista electrónica de la facultad de derecho, ULACIT, Julio 2013, Costa Rica (http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/79_art.ricardomadrigallistoemachote.pdf)

408. Cfr. Undécima disposición final y transitoria de la Constitución peruana.

409. La Ley N°30793 establece que las entidades estatales deben suscribirse a las redes sociales con mayor difusión, número de usuarios, para colocar y difundir sus comunicaciones, véase el artículo 2.

territorios de diversa altitud e incluso algunos de difícil acceso humano, nos advierte la necesidad de contar con los medios de comunicación privados (locales y nacionales) para cumplir eficazmente con las funciones de publicidad estatal, en forma complementaria y no sólo de modo excepcional. Por tanto, la idoneidad de la Ley N° 30793 que prohíbe la publicidad privada contratada por el estado, permitida sólo por excepción en los casos de desastre o emergencias nacionales, carece de idoneidad considerando el déficit de medios estatales para su cobertura nacional, pues, en la práctica no se corresponde con la relación que debe existir entre lo que los ciudadanos esperan y lo que reciben de la administración pública, en concreto, al deber que tienen de informar y el derecho constitucional ciudadano para recibir información⁴¹⁰.

III. ¿Habría alguna forma de alcanzar el mismo objetivo de la ley sin afectar derechos fundamentales?

El voto singular de la Magistrada Ledesma Narváez, además de argumentar su disconformidad con la completa inconstitucionalidad de la Ley N° 30793, sostiene la conveniencia de una sentencia interpretativa que armonice la norma con las disposiciones constitucionales⁴¹¹; por ejemplo, la necesidad de distinguir los conceptos de publicidad e información, considerando que la prohibición de la norma alude solamente a la publicidad estatal en los medios de comunicación privados⁴¹².

En este apartado de lo que se trata es de analizar si es posible aplicar un test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual consiste en la posibilidad de proponer una solución para que la finalidad de la ley no restrinja ni afecte uno o más derechos fundamentales⁴¹³. El Tribunal se pregunta lo mismo cuando nos dice que “(...) si bien la arbitrariedad en el gasto público estatal podría verse reducida con la ley impugnada, por cuanto ya no se destinan recursos públicos en publicidad estatal en medios privados (salvo excepciones del artículo 4 de la ley impugnada), ello no implica que no existan medidas alternativas que permitan alcanzar tal finalidad. Este Tribunal en-

410. La Constitución peruana reconoce en el inciso (4) de su artículo 2, el derecho fundamental a que “(...) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

411. Precisamente, el Magistrado Blume Fortini nos dice en su fundamento de voto, que la constitucionalidad es “(...) un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña, tanto en cuanto al fondo como a la forma”.

412. El único voto singular de la resolución contenida en el Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N° 0013-2018-PI/TC (acumulados).

413. El Tribunal declaró infundada las vulneraciones a los derechos de participación ciudadana y expresión; véase, Exp. N° 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 164 y 178).

tiende que ello puede lograrse sin restringir absolutamente la contratación estatal en medios de comunicación privados, como lo hace la presente ley⁴¹⁴. En consecuencia, al existir medidas alternativas que garantizan la libertad de información, el colegiado declaró la inconstitucionalidad de Ley N° 30793 y dejándola sin efecto⁴¹⁵.

Con la finalidad de evitar la aparición de una evidente laguna normativa, que induzca a incertidumbre sobre los criterios de gasto de la administración estatal sobre publicidad en medios privados, el Tribunal propone que mientras no exista legislación sobre la materia, se apliquen por analogía las disposiciones que regulan la publicidad estatal en medios de comunicación públicos en los medios de prensa, radio y televisión privados⁴¹⁶; asimismo, el colegiado dispone también que la legislación pendiente contenga eficaces mecanismos de control para evitar la arbitrariedad en la contratación, así como el contenido de los contratos celebrados que deben ser de conocimiento público y puestos a disposición en plataformas digitales⁴¹⁷, todos ellos con la información de costo por los servicios de publicidad⁴¹⁸.

Si bien la finalidad de la norma responde a una correcta administración de los fondos públicos y justicia presupuestaria⁴¹⁹, la regla de prohibición de publicidad estatal en medios privados se puede armonizar con una franja gratuita de publicidad

414. Cfr. Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N° 0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 126).

415. Véase, Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N° 0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 141); al respecto, el Tribunal, valiéndose de un usual, pero no preciso, modo de explicar las consecuencias de sus resoluciones fundadas de una demanda de inconstitucionalidad, nos dice en su fundamento 239 que "(...) los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley N° 30793 son inconstitucionales, por lo que deben ser expulsados del ordenamiento jurídico", cuando en estricto, de acuerdo con el artículo 204 de la Constitución, la sentencia dictada por su máximo intérprete queda sin efecto al día siguiente de su publicación.

416. Véase, Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N° 0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 252).

417. Al respecto, García Cobián Castro, nos dice que "[s]i bien contamos con una Constitución presupuestaria que involucra aspectos formales y sustantivos asociados al Estado constitucional, tales como la definición de relaciones de gobierno y control como parte del proceso presupuestario, o los principios de equidad y respeto de derechos fundamentales como límites materiales a la potestad presupuestaria, resulta todavía una tarea pendiente, fortalecer la efectividad y concreción de estos elementos en la actuación de la administración estatal, en el ejercicio de la función legislativa y en el despliegue del control de constitucionalidad en titularidad de los jueces constitucionales"; cfr. GARCÍA COBIÁN CASTRO: "La constitucionalización del derecho presupuestario y la protección de los derechos fundamentos: apuntes para la reflexión en el Perú"..., p. 182.

418. Véase, Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N° 0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 253). El fundamento de voto del Magistrado Ferrero Costa propone que la nueva regulación establezca "(...) el monto de publicidad contratado por el Estado no sea superior a un determinado y razonable porcentaje del total de la facturación del medio de comunicación privado".

419. Como sostiene el Tribunal "(...) el uso desmedido del presupuesto público para fines publicitarios puede generar una legítima preocupación para parte de la ciudadanía, más aún si lo que es objeto de disposición es una parte significativa del mismo"; cfr. Exp. N° 0012-2018-PI/TC y N° 0013-2018-PI/TC (acumulados) (FJ 139).

en los medios de comunicación privados (periódicos, radios y televisoras), reguladas por una ley, atendiendo a la función social que deben observar los medios privados, con el deber de colocar publicidad estatal en prensa escrita y, para el caso de la radio y televisión, en compensación por el uso del espacio radioeléctrico concesionado por el estado a los privados; seguidamente, recoger las excepciones señaladas por la ley dejada sin efecto, como son los casos de desastres y emergencias nacionales por exigir una mayor difusión que la ordinaria regulada por la norma de la materia, las cuáles serían remuneradas atendiendo a los precios del mercado y que no supere el porcentaje de la partida de bienes y servicios de la entidad estatal.

Finalmente, la decisión del Tribunal Constitucional no reprime la iniciativa, formulación, presentación y debate de un nuevo proyecto de ley sobre la materia, atendiendo las observaciones constitucionales de su máximo intérprete. El fundamento de voto del Magistrado Miranda Canales señala que no existe impedimento para la promulgación de una nueva ley que regule el gasto de publicidad estatal; en el mismo sentido, el Magistrado Espinosa-Saldaña propone en su fundamento de voto que la regulación debería contener un mecanismo que “(...) evite las críticas a las autoridades o que se atenúe el rol fiscalizador que le corresponde a la prensa en una sociedad democrática”.

La jurisdicción supranacional de los derechos humanos ⁴²⁰

I. El acceso a los tribunales supranacionales para la protección de los derechos humanos

A finales del siglo pasado más de un Estado iberoamericano retornó al régimen democrático. La novedad de este hecho radicó, precisamente, en el número de Estados que se dieron nuevamente la oportunidad de empezar a vivir bajo las reglas democráticas. Durante ese proceso se modificaron o elaboraron nuevas constituciones gracias a la convocatoria de sendas asambleas constituyentes, los textos de las novísimas cartas magnas marcaron en cierta medida un antes y después en la redacción de Constituciones, a tal punto, que podrían conocerse como “modernas” en comparación con sus predecesoras.

El denominado sistema universal se circunscribe a los instrumentos aprobados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), y por tanto aplicables a sus Estados miembros. Por otra parte, debemos mencionar la existencia de los sistemas regionales, es decir, aquellos que son válidos para América, especialmente en el Estado peruano. Cabe añadir que todos los sistemas internacionales de protección a los Derechos Humanos involucran una revisión a los clásicos postulados del principio de soberanía nacional⁴²¹. En la medida que los Estados reconozcan los derechos contenidos en los tratados internacionales, la competencia de sus tribunales, así como la aplicación directa de sus resoluciones, veremos cómo se ha venido flexibilizado la rigidez del principio de soberanía nacional⁴²², dado que cada Estado parte deberá, mediante los principios de primacía y efecto directo, hacer suya la resolución de un organismo internacional. Nos ocuparemos de explicar el sistema universal de protección de los Derechos Humanos y también el regional para los mismos nobles propósitos.

420. Una versión anterior fue publicada en *Curso de Derecho Constitucional*, tercera edición, Palestra Editores, Universidad de Piura (colección jurídica), Lima, 2019, pp. 445-485.

421. Véase además CORREA SALAS, Fernando: “Análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su impacto en la soberanía nacional de sus miembros” en *Ius et Veritas*, N°23, Lima, 2001, pp. 21-40.

422. Debemos precisar que los Estados Unidos es uno de los países que no reconoce la competencia de ningún otro tribunal que no sea su propia Corte Suprema considerándola como la máxima instancia judicial para la resolución de conflictos.

II. El sistema universal de protección de los Derechos Humanos

Para comenzar diremos que el sistema universal está compuesto por un conjunto de instrumentos y organismos creados gracias a la ONU. Las principales fuentes de este sistema son la Carta de Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁴²³.

A) La importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Con relación a la Declaración Universal y desde una perspectiva limitada, se puede observar una cierta obligatoriedad en el Derecho Internacional; en otras palabras, que es posible considerarla como un referente que permite evaluar, en términos generales, la adecuación del comportamiento de los Estados con relación a su observancia a los Derechos Humanos en el ámbito internacional. No olvidemos que la Declaración Universal tiene un especial significado para las Naciones Unidas por tratarse del punto de partida y el código básico de referencia para la actividad desarrollada por sus instituciones, tanto en su tarea de codificación como las actividades de control desarrolladas por la Comisión de Derechos Humanos. En efecto, la Declaración Universal también ha cumplido una importante función moralizadora que ha inspirado los posteriores desarrollos normativos en materia de Derechos Humanos, tanto en el plano internacional como nacional; una consideración afirmada por la Conferencia de Viena de 1993.

B) Los pactos internacionales de Derechos Humanos

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, también conocidos como los pactos de Nueva York, incluyen la totalidad de los Derechos Humanos enunciados en la Declaración Universal, los cuales han sido no solo desarrollados sino dotados de unidad gracias a un artículo común que proclama la libre determinación de los pueblos como un derecho humano⁴²⁴. Los Pactos regulan por separado una especial categoría de derechos. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos se ocupa de los derechos clásicos a la vida, la integridad, la prohibición de la tortura, la libertad personal, la

423. A estos instrumentos hay que agregar los instrumentos internacionales que regulan situaciones particulares, como son aquellos que prohíben de la discriminación hacia la mujer, los derechos del niño, la prevención y sanción contra la tortura, la esclavitud, entre otros.

424. Véase el artículo 1 de ambos pactos internacionales de Derechos Humanos.

tutela judicial efectiva, las libertades de pensamiento, opinión, asociación y reunión, el derecho a la intimidad y a la vida familiar, a la personalidad jurídica o los derechos específicos de las minorías. El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en cambio, recoge el derecho al trabajo y su desarrollo en condiciones dignas, los derechos sindicales, a la seguridad social, la protección familiar, educación y cultura⁴²⁵. El disfrute de ambos responde a los principios de igualdad en interpretación favorable a los Derechos Humanos que deben ser respetados por todos los Estados.

La adopción de los dos pactos constituye un cambio en el tratamiento de los Derechos Humanos por la comunidad internacional, ya que se trata de normas que imponen obligaciones jurídicas directamente vinculantes para los Estados partes. Ha de señalarse que mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos define obligaciones autoaplicables, asumiendo los Estados el deber de reconocimiento y garantía inmediata de los derechos⁴²⁶, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se concibe más bien como un instrumento donde los Estados asumen el compromiso para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos reconocidos. A pesar que en 1966 se optó como más conveniente recoger cada categoría de derechos en un instrumento distinto, ello no obedeció a comprenderlos como de desigual jerarquía o importancia sino más bien por razones de coyuntura política; por eso no debemos interpretarlo como una falta de unidad de los Derechos Humanos, como también ha sido expresado en la Conferencia de Viena⁴²⁷.

El contenido del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos puede dividirse en dos grandes materias. Por una parte, se establece un catálogo de derechos y libertades; por otra, el Pacto contiene una parte orgánica en la que se crea una institución denominada el Comité de Derechos Humanos⁴²⁸, integrado por dieciocho

425. El Código Procesal Constitucional peruano garantiza esos mismos derechos mediante el proceso de amparo, véase el artículo 37, incisos 11 y 17.

426. Véase el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

427. Efectivamente, en su Declaración y Programa de Acción se afirma que “[t]odos los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los Derechos Humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles el mismo peso a todos. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales”.

428. Véase CASTAÑEDA OTSU, Susana: “La Jurisdicción Supranacional” en *Derecho Procesal Constitucional*, volumen II, Jurista editores, 2004, pp. 1028-1030; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos” en *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Año VII, N°6, Huancayo, 1998, pp. 53-137.

miembros de gran integridad moral y competencia profesional. Dichos miembros son elegidos y desempeñan sus funciones a título personal, en calidad de expertos⁴²⁹. La elección de los mismos se produce en el seno de una reunión de los Estados partes del Pacto, gracias a una lista de candidatos elaborada por el secretario general donde se incluyen las propuestas presentadas por los Estados⁴³⁰. El mandato es de cuatro años y se renueva por mitades para garantizar la continuidad de sus trabajos⁴³¹.

Las principales funciones del Comité de Derechos Humanos son:

1. Los informes periódicos de los Estados

La posibilidad de poder solicitar y recibir los informes periódicos que los Estados partes presenten acerca de las disposiciones que hayan adoptado en reconocimiento de los derechos y libertades recogidos en el pacto; es decir, la facultad de conocer en qué medida los Estados han venido cumpliendo con sus compromisos en reconocimiento, promoción y defensa de los derechos fundamentales. Se trata del único sistema de control para el que se atribuye competencia automática al Comité, y es oponible al Estado por haberse ratificado o adherido al Pacto sin necesidad de ninguna declaración o reconocimiento de competencia posterior a ese órgano, lo que convierte a este sistema en el único mecanismo común a todos los Estados partes del pacto.

Dado que el informe es elaborado por el Estado, su grado de fiscalización ejercida no es tan severo. Por eso, para salvar esta deficiencia, se dispuso la intervención de los organismos no gubernamentales (ONG), con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social (ECOSOC), para que contrapesen los informes presentados por cada Estado miembro⁴³².

2. Las denuncias de los Estados parte

El Comité también puede recibir y examinar las denuncias que todo Estado

429. Véase el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

430. Véase el artículo 30 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

431. Hay que señalar que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no ha creado ningún órgano especial de control, asignando más bien al ECOSOC las funciones de supervisión previstas en el mismo Pacto; véase su artículo 16.2. Cabe decir también que el ECOSOC puso en práctica distintos medios para cumplir las funciones asignadas, hasta que mediante la Resolución N° 1985/17, de 28 de mayo, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para establecer un órgano que sea paralelo al Comité de Derechos Humanos.

432. Véase DÍAZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, Madrid, Tecnos, 2003, p. 598.

parte formule contra otro Estado miembro por el incumplimiento de las disposiciones del Pacto. Se trata de un procedimiento de naturaleza contenciosa entre Estados, donde en principio está vedada la intervención de particulares. Por su propia naturaleza (que involucra la ponderación de importantes factores políticos) es un procedimiento de carácter excepcional. El Comité carece de competencia automática para poder ejercer esta función y, por eso, solo se podrá iniciar este procedimiento cuando los Estados partes hayan aceptado la competencia del Comité⁴³³. Por otro lado, debemos señalar que este procedimiento contempla dos fases y el Comité solo intervendrá en la segunda de ellas si en un plazo de seis meses de presentada la denuncia inicial los Estados no han llegado a un arreglo a través de contactos directos. En la práctica, la renuencia de los Estados para actuar como acusadores en un procedimiento, en el que también puedan llegar a ser acusados, trajo hasta la fecha una resistencia del Comité para intervenir.

3. Las comunicaciones individuales

En el Primer Protocolo Facultativo también existe el sistema de comunicaciones individuales. En este sistema la competencia del Comité es opcional y se aplica solo a aquellos Estados que han ratificado tanto el Pacto como el Protocolo. Pese a ello, se considera que este sistema es el medio de control más perfeccionado de los establecidos en relación con el pacto y el que otorga un mayor grado de protección particular.

El sistema de comunicaciones individuales permite a cualquier individuo a denunciar ante el Comité una supuesta violación de los Derechos Humanos reconocidos en el Pacto internacional. La denuncia es presentada por cualquier individuo que esté sometido a la administración de justicia de un Estado parte, sin requerirse que sea nacional; además, solo debe presentarla la víctima de la violación o su representante, por tanto, no se admite la denuncia de terceros⁴³⁴. La denuncia de violación debe reunir los siguientes requisitos para que sea declarada admisible por el Comité: no puede ser anónima, debe guardar conformidad con los principios del Pacto y de la ONU, estar debidamente fundamentada, no haber sido conocida con anterioridad por otro órgano supranacional para la defensa de Derechos Humanos y, finalmente, que la denuncia se interponga luego de haber agotado los recursos internos existentes en

433. Véase el artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

434. Véase el artículo 1 del Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos.

la jurisdicción interna del Estado agresor⁴³⁵. Cabe añadir que no se establece un plazo de caducidad para presentar las denuncias.

Una vez reciba la comunicación, el Comité corre traslado al presunto Estado agresor, el cual podrá formular todas las observaciones y objeciones que considere oportunas⁴³⁶. Todas las informaciones recibas constituyen la base del procedimiento que se desarrolla ante el Comité de Derechos Humanos y será de carácter confidencial⁴³⁷. Pese a no estar establecido en el Protocolo, el Reglamento autoriza al Comité para solicitar al Estado denunciado a que adopte las “medidas cautelares para evitar un daño mayor y de consecuencias irreparables para la víctima⁴³⁸, las cuales no han sido concedidas fácilmente⁴³⁹.

El procedimiento finaliza con una decisión que se pronuncia sobre la violación a los Derechos Humanos que han sido denunciados y el Comité también puede formular sus observaciones al Estado agresor y al particular. Si bien nos encontramos ante un procedimiento confidencial, el Comité incluye un informe anual a la Asamblea General de la ONU, que consiste en elaborar el resumen de las decisiones sobre los casos individuales que ha conocido⁴⁴⁰. Pese a no estar previsto en el Protocolo, el Comité publica las decisiones, especialmente en las que se ha pronunciado sobre el fondo, de esta manera se refuerza la eficacia de un control que era muy precaria en sus comienzos. Una medida adicional que refuerza los mecanismos de control es el deber de los Estados parte del protocolo para incluir en los informes periódicos una sección sobre la manera en que se vienen cumplimiento las decisiones del Comité que les afecten directamente⁴⁴¹. De este modo, existe un mecanismo de seguimiento similar al existente en otros sistemas de protección de Derechos Humanos, que no estaba inicialmente previsto en el protocolo.

C) Los protocolos facultativos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos

La Carta Internacional de Derechos Humanos no se integra únicamente por la Declaración Universal y por los pactos en tanto que normas que reconocen derechos

435. Véase los artículos 2, 3 y 5 del Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos.

436. Véase el artículo 4 del Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos.

437. Véanse los artículos 4 y 5. 1 del Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos.

438. Véase el artículo 86 del Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos.

439. Véase DIAZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público...*, p. 599.

440. Véanse los artículos 5 y 6 del Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos.

441. El Comité de Derechos Humanos decidió esta medida en 1990, concretamente en su trigésimo noveno período de sesiones.

y libertades. La Comisión de Derechos Humanos siempre defendió la necesidad de elaborar normas que establezcan mecanismos de control y supervisión del comportamiento de los Estados en estas materias; algunos de estos mecanismos se encuentran en el mismo Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como el Comité de Derechos Humanos y otros en su primer Protocolo que establece un sistema de peticiones individuales que también forman parte de la Carta Internacional⁴⁴². El segundo protocolo facultativo al pacto es el destinado a abolir la pena de muerte, con fecha 15 de diciembre de 1989 y que entró en vigor el 11 de junio de 1991.

Como explicamos, el Protocolo Facultativo de Derechos Civiles y Políticos le encomienda una función adicional al Comité: recibir las denuncias que todo individuo le formule por haber sufrido una violación de cualquiera de los derechos enumerados en el Pacto, siempre que se hayan agotado todos los recursos internos disponibles. Como puede apreciarse, a diferencia de las denuncias formuladas entre Estados, en este caso se permite el acceso directo del individuo al Comité. Una característica de la labor del Comité es que la evaluación de las denuncias se reduce a simples declaraciones o informes que son dados a conocer a la opinión pública internacional. No existen en este sistema procedimientos coercitivos para corregir las prácticas atentatorias contra los derechos de los afectados, dado que no es un órgano jurisdiccional en sentido estricto, pero por tratarse de una institución que encarna una conciencia moral en materia de Derechos Humanos, sus informes generan una corriente de opinión pública internacional en torno a los Estados agresores de Derechos Humanos.

D) Otras organizaciones y tribunales existentes en el sistema universal

Dada la naturaleza de este capítulo, nos hemos referido solamente a las actividades que viene cumpliendo la ONU sin considerar la existencia de otras acciones dentro del sistema de las Naciones Unidas, como por ejemplo en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que pese a su relación con el programa de Derechos Humanos de la ONU no son parte del mismo por desarrollarse en una organización internacional de carácter autónomo. En esta misma línea, también tendríamos que mencionar la existencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)⁴⁴³.

442. El Protocolo Facultativo se adoptó por la Asamblea General e 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

443. También debe tenerse en cuenta la labor desempeñada por ciertos órganos menores dedicados a cuestiones específicas de Derechos Humanos, como son el Comité para la eliminación de la discriminación racial, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas, entre otras organizaciones.

A fines de la década de los años noventa, apareció un nuevo instrumento de protección de los Derechos Humanos, pero de carácter indirecto. Nos estamos refiriendo a los llamados tribunales penales internacionales. Estos tribunales han surgido como una respuesta del Consejo de Seguridad dada las graves coyunturas de ausencia de paz y seguridad internacionales. Tienen por finalidad garantizar el respeto de las normas de Derecho Internacional Humanitario, así como de otros instrumentos que tipifican los delitos o crímenes contra la humanidad. Su facultad de administrar justicia comprende a todos los individuos que sean considerados como presuntos autores de dichas violaciones, los cuales podrían ser objeto de una sanción internacional en caso de ser declarados culpables. De esta manera, el fin de estos tribunales se resume en la necesidad de erradicar la impunidad a los autores de graves violaciones contra los Derechos Humanos; por ese motivo también se convierten en instrumentos idóneos para la protección de los derechos fundamentales, aunque de manera indirecta.

Podemos señalar que los primeros tribunales penales internacionales fueron dos, los cuales se insertan dentro del sistema de las Naciones Unidas dado que han sido creados por su Consejo de Seguridad. Nos estamos refiriendo al Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda⁴⁴⁴. Con el paso del tiempo, el Consejo de Seguridad también consideró la creación del Tribunal para Sierra Leona⁴⁴⁵, el cual, pese a responder a un modelo distinto, tiene la misma finalidad y puede incluirse también en este grupo. Nos encontramos ante tribunales *ad hoc*, que fueron creados para atender una situación muy concreta. Al frente de todos estos tribunales, se ha creado uno de carácter permanente: la Corte Penal Internacional, que fue constituida por el Estatuto de Roma de fecha 17 de julio de 1998.

III. El sistema regional de protección de los derechos humanos

Como tendremos oportunidad de comprobarlo, el sistema regional; o americano, se parece al de la ONU. Los Estados también cuentan con un catálogo internacional de derechos y libertades conocido como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá (1948). En ella se fundamenta el principal tratado regional denominado: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica (suscrito en 1969). Al igual que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana está complementada

444. Véanse respectivamente las Resoluciones N°808 (1993) de 22 de febrero y 955 (1994) de 8 de noviembre.

445. Véase la Resolución N° 1315 (2000) de 14 de agosto.

por varios instrumentos relativos a algunos derechos particulares que la comunidad internacional entiende que necesitan de reconocimiento y protección especial.

En la Declaración como en la Convención Americana se hace especial énfasis en un aspecto que suele ser dejado de lado al momento de analizar la situación de las personas frente al Estado. Nos referimos al tema de los deberes⁴⁴⁶. Si la Declaración Universal dedica solo un artículo acerca de los deberes de la comunidad⁴⁴⁷, la americana contempla todo un capítulo dedicado a los deberes de las personas en sociedad. Lo mismo puede decirse del Pacto de Derechos Civiles y Políticos frente al Pacto de San José, cuyo artículo 32 regula la correlación entre deberes y derechos. Dado que se tratan de instrumentos internacionales no encontramos ninguna objeción al establecimiento de deberes que los Estados deben cumplir para garantizar los derechos. Una opinión distinta sostenemos para su inclusión en las constituciones ya que éstas nacieron con una finalidad distinta como es el reconocimiento y garantía de los derechos. Son las leyes las que deben establecer nuestros deberes ciudadanos y son los Estados quienes deben tener presente que una Constitución implica, en sí misma, su deber de cumplimiento.

A nivel regional, y desde 1959, existe una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual fue creada por la reunión de ministros de relaciones exteriores, dependiente de la Organización de Estados Americanos, cuya labor es anterior a la jurisdiccional, es decir, que sirve de órgano consultivo para promover la observancia y defensa de los Derechos Humanos. Una función que se ejerce respecto a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA en adelante)⁴⁴⁸. Es así que la Comisión no solo realiza funciones de promoción sino además conciliatorias entre el Estado agresor y la víctima; también asesora a los Estados que así lo solicitan, critica el contenido de los informes que expiden los Estados miembros sobre la vigencia de los Derechos Humanos, legitima aquellos que vienen cumpliendo con sus recomendaciones y tiene una dimensión protectora cuando solicita a un Estado la suspensión de actos violatorios contra los derechos fundamentales⁴⁴⁹.

446. Véase, NÚÑEZ, Manuel Antonio: "El Sistema de Protección Internacional a los Derechos Humanos" en *Lecciones de Derechos Humanos*, EDEVAL, Valparaíso, 1997, pp. 360-363.

447. Véase el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

448. Véase MARAVÍ SÚMAR, Milagros: "Los mecanismos de protección de los Derechos Humanos que pone a nuestro alcance el Sistema Interamericano" en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, Nº 34, Trujillo, 2002, pp. 1-18.

449. Véase el trabajo del profesor LANDA titulado: "El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Balance y Perspectivas" en LANDA ARROYO, César (compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004, p. 18.

Para los Estados miembros del Pacto de San José, la Comisión desempeña adicionalmente las siguientes funciones:

A) La Comisión puede recibir y examinar las denuncias que formule un Estado contra otro Estado parte, alegando la violación de los derechos reconocidos en la Convención⁴⁵⁰. Una función que no se ha llevado a la práctica por los Estados para evitar ser igualmente denunciados por otro Estado parte, observando el principio de no intervención.

B) La Comisión puede recibir y examinar las denuncias o quejas que cualquier persona, grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la organización formulen reclamando la violación de los preceptos de la Convención. En estos casos la Comisión dicta las llamadas recomendaciones, que no son resoluciones judiciales pero que gozan de una *auctoritas* que produce la responsabilidad del Estado agresor ante la comunidad internacional. Hay que destacar que el acceso de la persona a la Comisión es más expeditivo en el sistema regional que el universal, ya que solo se admite la comparecencia de los Estados partes como denunciantes.

La función de la Comisión en ambos casos se limita a promover la mediación, el arbitraje para lograr una solución de carácter amistoso entre los involucrados. En caso de no ser posible existen dos opciones:

1) La publicación de un informe elaborado por la Comisión en el que se consignan la opinión y conclusiones de sus miembros respecto del asunto sometido a su consideración, que puede constituir una sanción moral. Si bien la Comisión ha dado trámite a muchas denuncias desde su fundación en 1965, hasta ahora son pocos los casos que han sido enviados a la Corte para que sean procesados y sentenciados.

2) Si se encuentra responsabilidad en el Estado y se negase a asumirla, la Comisión hará suya tal violación a los derechos y procederá al envío de los antecedentes al órgano jurisdiccional creado por el Pacto de San José: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte), para que asuma la competencia y resuelva el caso.

⁴⁵⁰. Véase el artículo 45 de la Convención.

IV. Una aproximación a la corte interamericana de derechos humanos

En 1979, el proyecto de Estatuto que la Corte sometió a consideración de la Asamblea General de la OEA había previsto un Tribunal permanente compuesto por jueces a tiempo completo. Una propuesta motivada por la preocupación de la Corte de que un Tribunal a tiempo parcial creara la imagen de un cuerpo *ad hoc*, lo que podría restarle el prestigio y la legitimidad necesarios para que sus sentencias fueran cumplidas y respetadas. Pero para la Asamblea General esta propuesta fue inaceptable. La creación de una Corte a tiempo completo sería onerosa y ese gasto no era considerable sino hasta el momento que la Corte tuviera un importante número de causas pendientes por resolver. Por ese motivo, la Asamblea optó por un Tribunal compuesto de jueces a tiempo parcial y aprobó un Estatuto que les permite el ejercicio de sus profesiones respectivas, incluso la docencia, con la salvedad que ciertas categorías de empleo, como los cargos oficiales que impliquen subordinación jerárquica ordinaria, son incompatibles con sus funciones judiciales. Por tanto, no se debe entender que los magistrados son empleados de la OEA⁴⁵¹.

La Corte Interamericana es el órgano cuasi jurisdiccional creado por el Pacto de San José⁴⁵². La falta de un mecanismo eficaz para hacer ejecutar lo resuelto hace que este Tribunal no reúna todas las características de un ente jurisdiccional. El papel de dicha institución se subordina al reconocimiento de su competencia por los Estados miembros del Pacto. Además de absolver las consultas acerca de la interpretación de los instrumentos americanos de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, la Corte ejerce una función que podríamos llamar contenciosa, al conocer los casos sobre violaciones a los derechos contenidos en la Convención. Es importante destacar que solo la Comisión Interamericana de Derechos y los Estados partes en el Pacto de San José tienen derecho a someter un caso a decisión de la Corte. Los particulares carecen del derecho a comparecer ante esta instancia para reclamar por sus derechos. Al individuo solo le queda reclamar ante la Comisión o solicitar la intercesión de otro Estado para formular el reclamo, lo cual es difícil en la práctica. Debemos tener en cuenta que la Corte no actúa de oficio, por eso el primer impulso procesal estará en la interposición de una demanda.

451. Véase AA. VV.: *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1990, p. 51.

452. Ver el Capítulo VIII de la Convención; véase además ROSABAL DE ROTH, Ana Lorena: "El Sistema interamericano: De la unión política a la protección internacional de los Derechos Humanos" en *Revista del IIDH*, N° 23, San José (Costa Rica), 1996, pp. 129-150.

A) Las normas que rigen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las normas que regulan el funcionamiento de la Corte están contenidas en tres documentos, los cuales señalamos de acuerdo con su orden jerárquico: la Convención, el Estatuto de la Corte y su reglamento. Cabe decir que la Convención dispuso que el Estatuto fuera redactado por la Corte para luego ser aprobado por la Asamblea General de la OEA. La versión que la Corte sometió a la Asamblea General fue enmendada antes de ser aprobada; entre los cambios propuestos se estableció que los Estados miembros, sean o no partes de la Convención, tendrán derecho a proponer enmiendas al Estatuto, al igual que la Corte. Debemos añadir que el presupuesto de la Corte también está sujeto a la aprobación de los miembros de la Asamblea General de la OEA y requiere de diecinueve votos a favor; de este modo, si eventualmente así lo desean, los Estados que no forman parte de la Convención tienen un poder considerable para afectar el funcionamiento de la Corte⁴⁵³. Finalmente, la Asamblea General también acordó que la Corte elaborara su propio reglamento.

B) La composición de la Corte y su organización

La Corte tiene su sede en el Estado de Costa Rica, pero está previsto que también pueda celebrar sus reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro, si se considera conveniente por mayoría y el previo consentimiento del Estado anfitrión.

1. Los magistrados de la Corte

Se compone de siete jueces, todos nacionales de un Estado miembro de la OEA, con lo cual no necesariamente deben pertenecer a la Convención, pero son propuestos y elegidos por los Estados partes de este órgano⁴⁵⁴. Los jueces solo están vinculados por los derechos y principios de la Convención; a su vez, todos ellos pertenecen a los países miembros de la OEA, actuando de manera personal y que por tanto no ejercen ningún principio representativo de sus propios Estados. El Estatuto de la Corte, antes de su reforma, establecía que los Estados puedan en determinados casos nombrar a un especialista, concretamente a un juez ad hoc, con el objeto de asistir a los demás en la legislación de un sistema jurídico distinto que los jueces de la Corte se encuentren resolviendo. Si uno de los jueces de la Corte llamado a conocer el reclamo

453. Véase AA. VV., ob. cit., p. 50.

454. Los jueces que integraron por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron elegidos en mayo de 1979.

es de la nacionalidad de alguno de los Estados partes, el otro Estado podrá designar a un juez ad hoc. Como dichos jueces debían tener los mismos requisitos que la Convención dispone para los magistrados elegidos, se entendía que la Corte estaba facultada para rechazar a los que no reúnan dichas condiciones. El Estatuto de la Corte establecía que la renuncia al derecho de nombramiento de jueces ad hoc se entiende cuando el estado no los designe dentro del plazo de treinta días de formulada la invitación por el presidente.

Las críticas a esta institución fueron que no era razonable aceptar que un Estado pueda designar a un juez de su propia nacionalidad precisamente en un caso que se sigue en su contra, debido a que es posible que estos jueces ad hoc se sientan más comprometidos con los intereses de su Estado⁴⁵⁵.

El presidente y vicepresidente de la Corte son elegidos para un período de dos años y pueden ser reelectos; en la práctica, parece ser que la Corte está a favor de la elección rotativa con períodos únicos para cada cargo. El presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan a la Corte y preside sus sesiones. El Estatuto dispone que el presidente presta permanentemente sus servicios⁴⁵⁶; una disposición que, hasta la fecha, no ha sido interpretada en el sentido que el presidente resida en la sede de la Corte (Costa Rica), o que deje de ejercer su profesión.

2. El secretario y las sesiones de la Corte

La Secretaría de la Corte está bajo la dirección del secretario, el cual es nombrado por la Corte para un período de cinco años con posibilidad de ser reelegido; también puede ser despedido por la Corte. A diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo secretario ejecutivo es nombrado y removido por el secretario general de la OEA, la Corte tiene la facultad de asegurar que su principal funcionario no tenga otras lealtades. Los demás miembros son nombrados por el secretario general de la OEA en consulta con el secretario de la Corte⁴⁵⁷. Los miembros de la Secretaría están sujetos a las normas administrativas de la Secretaría de la OEA, éstas se pueden aplicar solo en cuanto no afecten la independencia de la Corte.

455. Véase EGUIGUREN PRAELI, Francisco: "El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte" en *Revista Peruana de Derecho Público*, N°1, 2000, p. 59.

456. Véase el artículo 16 del Estatuto de la Corte.

457. En la práctica, el secretario general siempre ha hecho los nombramientos recomendados por el Secretario de la Corte.

La Corte puede reunirse en sesiones ordinarias o extraordinarias⁴⁵⁸, podrá cambiar las fechas para realizar sus sesiones si así lo exigen las concretas circunstancias. De acuerdo con su estatuto, las sesiones extraordinarias son convocadas por su presidente o la mayoría de sus magistrados⁴⁵⁹. La Convención no resuelve el problema que surgiría si las descalificaciones, renunciaciones o la muerte de unos jueces le privaran a la Corte del quórum. La Corte anticipó este problema al incluir en el Estatuto una disposición que autoriza a su presidente a pedir al Consejo Permanente de la OEA el nombramiento de uno, o más, jueces interinos que servirán hasta tanto no sean reemplazados por los elegidos⁴⁶⁰.

C) Las competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte tiene competencia contenciosa, es decir, aquella para decidir los casos en los cuales se alega que un Estado parte ha violado los Derechos Humanos protegidos por la Convención; pero además goza de dos competencias muy concretas, la jurisdiccional y la consultiva; presentamos un resumen de ambas:

1. La competencia jurisdiccional

La Corte se encarga de estudiar y analizar los casos de violaciones a los derechos fundamentales por parte de los Estados, los cuales son presentados ya sea por la Comisión, como hemos explicado, o por los propios Estados. Los particulares no pueden acudir directamente a la Corte. Una vez admitida la demanda, se abre el proceso que cuenta con dos etapas, la primera es escrita y la segunda oral. La primera se inicia cuando la Corte recibe la demanda, luego de lo cual se solicita al demandante que prepare una memoria y al Estado acusado la correspondiente contra memoria, para que pueda efectuar sus descargos o plantear objeciones preliminares que la Corte deberá resolver oportunamente. En la segunda etapa, la Corte puede decretar medidas de instrucción, así como cautelares, como por ejemplo solicitar testimonios, actuación de pruebas, que conduzcan a conocer la verdad en torno a la vulneración de uno o más Derechos Humanos.

Hay que observar que, si el Estado demandado manifiesta su acuerdo con la responsabilidad establecida por la Corte, el proceso puede culminar antes del juzga-

458. Véase el artículo 22 del Estatuto de la Corte.

459. Véase el artículo 23 del Estatuto de la Corte.

460. La tarea de nombrar a los jueces interinos fue encargada al Consejo Permanente porque se reúne regularmente durante el año, mientras la Asamblea General de la OEA tiene una sola sesión corta.

miento en razón de una mayor celeridad dado que se trata de la afectación de derechos fundamentales. En este caso, la Corte puede decidir prudentemente archivar o no el expediente para luego supervisar el cumplimiento de los acuerdos entre las partes. Si la Corte encuentra responsabilidad, dictará sentencia cuyos efectos son vinculantes para el tribunal o corte del Estado demandado. Si hubiese surgido alguna duda con respecto a los alcances de la resolución, se ha dispuesto que la Corte pueda aclararla siempre a petición de parte. Es imprescindible mencionar que las resoluciones de la Corte también gozan de efecto vinculante para futuros casos que se le presenten.

Si bien todavía no son muchas las sentencias de la Corte, en su mayoría son condenatorias, lo cual no es muy estimulante para la administración de justicia en los Estados iberoamericanos; sin embargo, también podemos destacar algunas sentencias de carácter indemnizatorio, cuando se logra un acuerdo entre las partes, y aquellas que desestimaron las peticiones, ya sea de las víctimas o los Estados.

2. La competencia consultiva

La Corte cuenta con competencia para emitir las llamadas opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, a pedido de los Estados miembros de la OEA. Las opiniones pueden ser el resultado de una respuesta genérica sobre los alcances de un artículo de la Convención o también puede responder a solicitud de un caso en concreto.

Es evidente que la competencia consultiva no puede solicitarse acerca de un caso que conocerá en el futuro en su calidad de órgano prejurisdiccional, dado que estaría adelantando opinión. En ejercicio de su competencia consultiva, sus opiniones han sido importantes, como aquella relativa a la pena de muerte o también la emitida con relación de la no suspensión de las garantías constitucionales durante los regímenes de excepción.

D) Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las resoluciones de la Corte son obligatorias y definitivas toda vez que no contemplan recursos de revisión⁴⁶¹, y deben ser aprobadas en sesión plenaria. La Corte no

461. La Convención así lo establece, “[e]l fallo de la Corte será definitivo e inapelable (véase el artículo 67)”; además, “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (véase el artículo 68.1)”.

sesiona en cámaras, como lo hace la Corte Europea de Derechos Humanos. Su número menor y el requisito del artículo 56 de la Convención que establece que el quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces, parece hacer imposible el sistema de cámaras. El fallo estimatorio de la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados, y si fuere procedente dispondrá que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁴⁶².

El cumplimiento de lo resuelto por la Corte será oportunamente entregado al Estado agresor. El artículo 68.1 de la Convención establece: “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Si el fallo hubiere dado lugar al pago de indemnizaciones es posible reclamarlo mediante el procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias⁴⁶³. Cabe añadir que las sentencias de ambos sistemas, nacional y supranacional, no entran en conflicto puesto que se aplicará aquella que mejor haya garantizado los derechos fundamentales amenazados o conculcados, siendo imprescindible que los tribunales nacionales, especialmente el Tribunal Constitucional, incorporen en sus futuras resoluciones las recomendaciones de la Comisión y los criterios jurisprudenciales de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con relación al efecto de las resoluciones de los organismos internacionales cuya competencia contenciosa se haya sometido el Estado peruano, el Código Procesal Constitucional establece que “(...) no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, al presidente del Poder Judicial, quién a su vez, las remite al Tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por

462. Véase el artículo 63 de la Convención Americana; para el caso peruano véase además GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Amnistía y Derechos Humanos, a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos” en *Pensamiento Constitucional*, N°18, 2013, pp. 223-241.

463. Véase el artículo 68.2 de la Convención; al respecto, la Corte en la sentencia *Aleoboetoe y otros versus el Estado de Surinam*, ha establecido que “[l]a indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella. Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los demandantes que no son sucesores, (...), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados”; cfr. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C N° 11 de 4 de diciembre de 1991, y Serie C N° 15 de 10 de setiembre de 1993.

el juez competente, de conformidad con lo previsto en las leyes que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”⁴⁶⁴.

V. Una evaluación final a la jurisdicción supranacional de los derechos humanos

Los primeros treinta años de existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fueron fructíferos, pese a su idea fundacional, finalidades, normativa y procedimientos supranacionales. La doctrina más reciente es categórica cuando afirma que durante ese tiempo ha dictado pocas sentencias en materia de protección de derechos humanos, hoy en día es una tendencia que está empezando a cambiar⁴⁶⁵. El número cada vez mayor de resoluciones explica la inicial resistencia de la Comisión para asumir la parte acusadora de un proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La Corte). El paso del tiempo también ha colaborado en ayudar a superar uno de los problemas prácticos que adolecía la Corte, como es el desconocimiento de los profesionales de Derecho para acceder a este órgano supranacional, pues, las opiniones de los letrados eran pesimistas en lo que respecta a su eficacia y la creencia de encontrarse ante un proceso oneroso para el ciudadano común.

Con relación a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales la Convención estableció que los Estados partes tienen el compromiso de tomar las medidas que sean necesarias para lograr su realización progresiva. Como era de esperar, una solución similar a la que existe en los países cuyas constituciones contienen catálogos de derechos sociales. Si bien estos derechos en un principio no gozaban de protección jurisdiccional de la Corte, el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (vigente desde 1999), ha empezado a garantizar los derechos más emblemáticos, como es el caso del derecho a la sindicación y el derecho a la educación en lo que respecta a la protección del pleno desarrollo de la persona humana, el pluralismo ideológico, la justicia, la paz, así como la formación de las personas hacia una plena cultura democrática.

La posibilidad de acceder a la jurisdicción supranacional de la Corte es una garantía constitucional reconocida por el artículo 205 de la Carta de 1993, la cual

464. Véase el artículo 123 del Código Procesal Constitucional.

Véase la opinión y duros comentarios sobre la eficacia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en REMOTTI CARBONEL, José Carlos: “La CIDH como órgano jurisdiccional de protección de los derechos” en CAS-

465. TAÑEDA OTSU, Susana (coord): *Derecho Procesal Constitucional...*, p. 1072. Véase además EGUIGUREN PRAELI, Francisco: “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y sus problemas: El retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte” en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 1, Lima, 2000, pp. 53-69.

confirma lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José⁴⁶⁶; por tanto, un eventual retiro no tiene las mismas consecuencias que denunciar un tratado de naturaleza comercial con otros Estados, sino la gravedad de dejar en una situación de indefensión a los ciudadanos cuando se han vulnerado sus derechos y libertades. No olvidemos que de lo que se trata es que la Comisión acuse al Estado peruano ante la Corte por violación de los derechos constitucionales contra un ciudadano. En resumen, se trata de la facultad de todo ciudadano para poder alcanzar la debida protección a sus derechos fundamentales gracias a un Tribunal internacional, siempre y cuando no haya sido amparado debidamente en su propio Estado⁴⁶⁷.

Una prueba de la creciente influencia de la Corte es la aplicación del llamado control de convencionalidad, una consecuencia del deber de los estados signatarios de la Convención Americana en sus compromisos internacionales de respeto, protección y garantía a los derechos y libertades. El reconocimiento del control de convencionalidad se produjo gracias al voto concurrente de la sentencia *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (2003), argumentándose que “[n]o es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de los órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana”⁴⁶⁸.

La Corte se pronunció nuevamente sobre este instituto tres años tarde, con la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs Chile* (2006), sosteniendo que “[l]a Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones urgentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que

466. El artículo 46 de la Convención establece que “[p]ara que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: (a) [q]ue se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

467. Cfr. Artículo 122 del Código Procesal Constitucional peruano.

468. Véase el párrafo 27 del voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana”⁴⁶⁹.

El control de convencionalidad como institución jurídica internacional, se convierte en una herramienta que permite a la Corte comparar el contenido de los derechos humanos reconocidos en la Convención, con el ordenamiento jurídico nacional presidido por la Constitución; un ejercicio judicial que en el fondo no difiere del control de constitucionalidad que conocemos, pero aplicado desde un órgano supranacional reconocido por el estado miembro, que conlleva también al deber de los jueces nacionales para inobservar las disposiciones legales cuyo contenido sea contrario a las normas de protección y garantía a los derechos y libertades. En ese sentido, el Estado peruano debe respetar la competencia contenciosa de dicha instancia supranacional, pues se ha comprometido al cumplimiento de sus resoluciones gracias a su efecto vinculante⁴⁷⁰; por eso, no debemos olvidar que los tratados internacionales son ley entre los estados firmantes y, si versan sobre derechos humanos, son además de cumplimiento y observancia obligatoria (normas de *ius cogens*).

469. Cfr. La Sentencia Almonacid Arellano y otros vs Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, en concreto párrafo 124.

470. Como sostiene Castillo Córdova “[d]esde que el derecho se ha abierto a exigencias de justicia no positivizada, lo realmente trascendente es que el control de validez jurídica haga realidad la justicia. Y esta no se logra tanto jerarquizando fuentes normativas, como favoreciendo la eficacia de lo justo iusfundamental”; cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “¿Estado convencional de Derecho?” en MOSQUERA MONELOS, Susana (coordinadora): *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, IV Jornadas de sobre Derechos Humanos, Palestra Editores, Lima, 2015, p. 62.

Papeles del oficio universitario

La denominación papeles del oficio universitario la tomé prestada del Profesor Don Álvaro D'ors, Doctor en Derecho y Romanista en las universidades de Santiago de Compostela y Navarra con la misma finalidad académica. El deseo de compartir ponencias, prólogos y reseñas, ejercicios intelectuales que ningún profesor puede escapar durante el trabajo universitario. En esta oportunidad se anexan tres ponencias que tuve la ocasión de pronunciar en distintos escenarios académicos y público diverso. Todos son temas no exentos de discusión, polémica y deseos de provocar a los lectores. La sal de la vida universitaria.

El contenido de la autonomía universitaria⁴⁷¹

I. Una nueva ley para recuperar una visión clásica de la Universidad

Hoy en día parece que una de las principales preocupaciones de las universidades más jóvenes es la necesidad de construir más aulas de clase, modernos aularios con todas las comodidades para poder brindar su oferta académica y, según sus promotores, ofrecer una educación de calidad. Ciertamente, la necesidad de aulas en un campus tiene su importancia, pero no debe ser más que un problema de carácter logístico, un problema menor a resolver por su administración, ya sea mediante recursos propios, financiamiento crediticio o *fund raising*. La idea principal que no debe perderse de vista es que la Universidad son sus profesores, su selección y calidad académica siempre será la principal preocupación de las autoridades, conjuntamente con la implementación de una biblioteca lo suficientemente bien pensada para facilitar con su ambiente y acondicionamiento la lectura, estudio, investigación y la profunda reflexión; el primer paso para generar conocimiento y luego poder expandirlo a los estudiantes.

La ley universitaria recientemente confirmada en su constitucionalidad me invita a pronunciarme como docente universitario (mi vocación personal) y no tan específicamente como un profesor de derecho constitucional (mi profesión). Por eso, me he permitido algunas licencias a la par de unos comentarios. Para comenzar, si nos preguntamos por la finalidad de la nueva Ley Universitaria (Ley N° 30220), la respuesta es que pretende resolver un problema de fondo: los bajos estándares de la educación universitaria en el Perú, los cuales no nos permiten aparecer a ninguno de los *rankings* internacionales de mayor reconocimiento. Se trata de un problema que el poder ejecutivo ha decidido resolver mediante una ley y un órgano (SUNEDU)⁴⁷², lo cual será una política incompleta sino está acompañada de otras políticas que a su vez sean respetuosas de la autonomía universitaria; sin embargo, pese a las críticas vertidas durante la presentación del proyecto y su aprobación, consideramos acertado

471. Una primera versión fue publicada en *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Tomo 181, Año 19, octubre, 2013, pp. 326-327.

472. Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria.

que el Estado exija a las universidades la necesidad de cumplir con unos estándares para poder certificar la calidad de su enseñanza, y que los títulos profesionales que expidan tengan reconocimiento oficial por emitirse en nombre de la nación. En ese sentido, todo lo relativo con la exigencia de un grado de maestría o doctorado para poder ejercer la docencia; debería complementarse con la obligación de aprobar una partida anual en el presupuesto para la compra de una importante inversión en libros y revistas científicas, así como la adquisición de base de datos y la creación de centros de investigación en ciencias y letras, unas medidas que impulsarían el crecimiento académico en favor de alcanzar el saber superior, la finalidad de toda universidad.

II. El régimen de las universidades públicas y privadas

El respeto a la autonomía se advierte en el acierto de reconocer que las universidades privadas se regirán por su propio estatuto, lo cual implica el reconocimiento a tener su ideario, es decir, su propio marco axiológico, aquello que le brinda identidad y las diferencia de las demás; por tanto, en el caso de las universidades privadas serán sus estatutos los que determinen el modo en que se elegirán a sus rectores y vicerrectores que deben tener el grado académico de doctor. La medida es acertada, pues, la Universidad son sus profesores, conocido tradicionalmente como el claustro académico, el cuerpo de docentes propio de todo campus universitario, no de varias universidades a la vez sino de una sola, aunque pueda transmitir sus conocimientos fuera ella como profesor invitado, o realizar una estancia de investigación en una universidad extranjera (*visiting researcher*).

La formación del profesor universitario es vital para que funcione el conjunto y la Universidad cobre sentido, pues, sin profesores que investiguen no se podrá llegar a la verdad⁴⁷³. En ese sentido, el profesor, no sólo el candidato a rector, debe alcanzar el grado de doctor que lo acredita con la capacidad para poder alcanzar el saber superior y difundir conocimiento mediante sus investigaciones. La tesis doctoral se convierte en la ópera prima de una serie de papeles universitarios que ocuparán muchas páginas de sus hojas de vida.

473. Sobre la formación docente, Alejandro Llano nos dice que "(...) no es un acontecimiento mostrenco, manipulable por la aplicación de los procedimientos técnicos. Esto equivaldría al uso de formas, más o menos sofisticadas, de coacción. Y tal imposición puede, si acaso, inducir manierismos, producir estereotipos, transmitir informaciones o destrezas. Pero nunca ganará sabiduría, es decir, un saber que sea al mismo tiempo el cultivo de un modo de vida"; cfr. LLANO Alejandro: "La libertad radical" en *San Josemaría y la Universidad*, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2009, p. 187.

III. La elección de autoridades académicas

La nueva ley universitaria agrega que el candidato a rector no debe haber sido condenados por delito doloso con sentencia de autoridad de cosa juzgada, pudiendo ser reelegidos en las universidades privadas; en cambio, el rector y los dos vicerrectores en universidades públicas serán elegidos por votación universal y deberán presentarse en lista única, debiendo obtener más del cincuenta por ciento de los votos ponderados de los estudiantes y docentes. En caso ninguna lista obtenga la mayoría de votos, se pasará a una segunda vuelta entre las dos planchas con mayor votación.

La elección universal de autoridades para las universidades públicas podría dar lugar a una desnaturalización en los fines que la ley pretende alcanzar, siendo su mayor peligro el populismo y clientelismo que podría suscitarse en unas campañas electorales politizadas que promuevan la división del estudiantado, viciando un clima de armonía y reflexión que es lo más apropiado para los recintos académicos. Debe tenerse en cuenta que en otras realidades el sistema de voto universal no ha funcionado como se esperaba, por eso considero que lo conveniente es adoptar el modelo tradicional de elección por el claustro universitario; el cual tampoco filtra totalmente la politización, pero resulta menos dañina a la salud, marcha y gobierno del centro de estudios.

IV. La calidad del profesorado

La calidad académica del profesorado es otro de los puntos positivos de la norma. Se exige docentes a tiempo completo a diferencia de numerosas universidades privadas que cuentan básicamente con profesores contratados por horas, estableciéndose una suerte de “docentes a destajo” o una especie de “tercerización” que le hace perder identidad a la Universidad por carecer de profesores en exclusividad. La exigencia de una maestría para enseñar puede correr el riesgo de incumplirse materialmente si el título fuese expedido por una Universidad de bajo nivel académico, por ese motivo debe realizarse una pronta precisión a los estándares de la acreditación universitaria.

En nuestra opinión el límite de setenta años para enseñar no resulta razonable. Un docente adquiere su madurez intelectual y sólida producción académica hacia su mayoría de edad, por eso consideramos que lo adecuado es que la ley exija que el docente se encuentre en óptima capacidad física y mental. Es preciso tener presente que la madurez del profesor universitario vendrá con los años de ejercicio de la cá-

tedra. El alumno enseña al profesor a ser un buen maestro, por eso no es de extrañar que también distingamos un ciclo durante este camino. El novel profesor está muy cercano a ser un “Sancho el fuerte”, muy duro con los alumnos, especialmente con las calificaciones, contrariado al darse cuenta que cada vez llegan más inmaduros e incultos; “Sancho panza”, el otro extremo, que se trata del profesor mayor de edad, aburguesado, que dicta su clase de memoria, con los mismos apuntes, ejemplos e imperfecciones, sin mucha motivación para enseñar y poco complicado para calificar. Como la virtud siempre se encuentra en un punto medio, el modelo de “Sancho el Sabio” es el más idóneo para cualquier docente; siempre se supera a sí mismo, prepara su clase y evalúa al final si el método empleado ha sido el mejor; siempre busca mejorar, estar cerca a los alumnos mediante el asesoramiento y calendarizar sus investigaciones. Un profesor universitario se forja con el tiempo.

V. El bachillerato obtenido mediante una tesina

La eliminación del bachillerato automático resulta polémica, pues no todos los estudiantes decidirán dedicarse a la investigación al culminar su carrera sino al pleno ejercicio profesional; pero también es cierto que un trabajo de investigación, llamémosle tesina para diferenciarla de la tesis doctoral, favorece el manejo de bibliografía, el análisis y la redacción tan necesaria en el ámbito profesional. Se trata de una disposición que solamente regirá para los estudiantes que inicien su carrera universitaria bajo la nueva legislación.

VI. La acreditación de las universidades

La acreditación universitaria pasó de ser de obligatoria a voluntaria con la nueva ley; como sabemos, inicialmente se establecía que solo las universidades acreditadas podrían entregar títulos a nombre de la nación; en cambio, la ley reconocerá ciertos beneficios para aquellas universidades que obtengan su certificación y acreditación, estableciendo que sólo algunas carreras profesionales tendrán la acreditación obligatoria como requisito, pero las demás recibirán beneficios tributarios en la reinversión si es que obtienen su debida certificación. Al respecto, es muy probable que los procedimientos formales establecidos por la CONEAU para lograr la acreditación vayan a sufrir sustanciales cambios debido a la exigencia legal de profesorado a tiempo completo y con grado académico de maestría, unos requisitos que garantizan mejor la calidad educativa (como en Bologna, Oxford o Harvard) que sólo el requerimiento de controles de asistencia, actas, evidencias, encuestas e instrumentos formales de verificación de los estándares de calidad.

VII. El contenido y ámbito de protección de la autonomía universitaria

La determinación del contenido esencial de los derechos humanos en el Derecho peruano se ha producido desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El significado del contenido constitucional exige un mayor detenimiento al momento de comprender la real protección judicial a los derechos fundamentales, pues, de poco servirán las garantías constitucionales si el contenido de los derechos humanos no ha quedado claro. Por eso, las leyes que regulan el ejercicio de los derechos siempre deben respetar su contenido constitucional. Con relación a la autonomía universitaria, el Tribunal nos dice ésta consiste en el atributo de la autodeterminación en el desarrollo de las actividades y funciones derivadas de sus fines institucionales⁴⁷⁴; en ese sentido, poniendo en orden los argumentos del Colegiado pronunciados en diversos procesos constitucionales, el contenido de este principio puede quedar configurado de la siguiente manera:

A) Un argumento que alude a una interpretación histórica se encuentra en poner énfasis en la intención del constituyente para reconocer el principio de autonomía a las universidades, la cual tuvo la finalidad de garantizar el pleno desarrollo del conocimiento, libre de cualquier interferencia política o ideológica⁴⁷⁵.

B) El principio de autonomía universitaria implica la capacidad de autogobierno, pero sin que ello signifique que la institución se mantenga al margen del ordenamiento jurídico estatal⁴⁷⁶. En otras palabras, el principio no supone autarquía, así como tampoco una libertad irrestricta⁴⁷⁷.

C) No se amenaza o vulnera el contenido constitucional de la autonomía universitaria cuando el legislador realiza una regulación que incida en aspectos propios de la misión que la Constitución ha otorgado a las universidades públicas o privadas; en cambio, sí se produciría una amenaza o violación del principio de autonomía universitaria si se produce un despojo o interferencia en sus competencias o que las restrinja de forma irrazonable⁴⁷⁸.

474. Cfr. STC 04232-2004-AA/TC, (FJ 23).

475. Véase STC Exp. N° 00014-2014-PI/TC (FJ 45).

476. Véase STC 00012-1996-AI/TC (FJ Único).

477. Véase STC N° 00017-2008-AI/TC, FJ 180. Argumento reproducido en SSTC N° 00015-2009-AUTC, 00029-2009-AI/TC y N° 00019-2011-AI/TC, entre otras; véase además STC 00037-2009-AI/TC (FJ 28).

478. Véase STC Exp. N° 00014-2014-PI/TC (FJ 50).

El contenido constitucional de la autonomía universitaria tiene por finalidad proteger a las instituciones que nacieron para alcanzar y cultivar el saber superior y que, por tanto, deben gozar de libertad para tomar decisiones relativas a sus actividades esenciales, por sus propios métodos y sin sufrir coacción de una autoridad exterior a ellas⁴⁷⁹. El fundamento de su autonomía reside en la especialidad del servicio público que brinda a la sociedad, como son la enseñanza y la investigación. De este modo, se concede autonomía a una institución determinada, como la Universidad, cuando existe el convencimiento que sólo de esa manera pueden ser satisfechos sus altos fines y que debe ser tan amplia como sea necesario para poder alcanzar sus objetivos⁴⁸⁰.

La autonomía universitaria es consecuencia de su libertad científica y contiene un doble aspecto. El primero es de carácter subjetivo-institucional, consiste en la protección del interés general y el derecho del profesor para defender su libertad; el segundo alude a su naturaleza de garantía institucional por afectar la idea medular de Universidad, una institución circunscrita y delimitada al servicio de ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular y que posean un amplio marco de actuación⁴⁸¹.

Un aspecto que no afecta la autonomía universitaria es facultad del Estado para exigir altos estándares de investigación en revistas indexadas, nacionales y extranjeras, la formación de profesores con grado de doctor (Ph. D), así como la infraestructura y medios necesarios para desarrollar una labor investigadora de primer nivel para alcanzar su finalidad esencial: el saber superior. Sin embargo, como bien señala el Tribunal, “la autonomía universitaria puede afectarse si al regularse otros aspectos relativos a su función, se amenaza o afecta desproporcionadamente la misión que la Constitución ha otorgado a las universidades”. La sentencia reciente STC Exp. N° 00014-2014-PI/TC (y expedientes acumulados), el máximo intérprete de la Constitución ha compilado diversos pronunciamientos sobre el principio de autonomía universitaria que nos ayudan a configurar su contenido constitucionalmente protegido y que se manifiestan en los siguientes planos: normativo, dirección de gobierno, gestión académica, régimen administrativo y económico.

479. Véase el informe de Sir Hector Hetherington a la IV Asamblea de universidades (Tokio 1965), publicado en la *Association Internationale des Universités, L'Autonomie Universitaire*, citado por PONZ PIEDRAFITA, F: *Reflexiones sobre el quehacer universitario*, EUNSA, Pamplona, 1988, p. 112.

480. Véase, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *La autonomía universitaria*, Civitas, Madrid, 1982, p. 29; véase además ABRUÑA PUYOL, Antonio; BACA ONETO, Víctor, ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro: “Algunas ideas para el estudio de la autonomía universitaria en el ordenamiento peruano” en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, N°1, 2000, p. 15-16.

481. Véase SCHIDTT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1992, p. 175.

La autonomía para establecer su régimen normativo es la competencia para proponer, discutir y aprobar normas de carácter interno, como sus estatutos y reglamentos, que servirán para regular la Universidad. La autonomía para decidir por su régimen de gobierno consiste en la competencia para decidir la mejor forma de organización y toma de decisiones al interior de la institución universitaria, una competencia que están íntimamente vinculada con su función normativa.

La autonomía para su gestión académica es la competencia para establecer las formas de ingreso y egreso a la Universidad, los planes de estudio de cada programa académicos, el fomento a la investigación para producir conocimiento y lograr el aprendizaje. La autonomía de su régimen administrativo que tiene por finalidad establecer detalladamente todos los lineamientos para lograr los fines trazados por los órganos de gobierno de la Universidad. Y, finalmente, la autonomía en su régimen económico que es necesaria para poder administrar el patrimonio de la Universidad y la toma de decisiones para la administración de sus recursos financieros⁴⁸².

482. Véase STC 04232-2004-AA/TC (FJ 28).

La clonación humana y el aborto desde una visión constitucional⁴⁸³

Toda discusión sobre la persona y los derechos humanos está cargada de una cierta posición realista y positiva. Una de ellas es su capacidad para conocer y reconocer la trascendencia de su naturaleza ontológica como ser que es. La persona puede conocer. Por eso, todo servicio prestado a la persona es un servicio a sus bienes humanos. Toda ayuda brindada para realizarlos es una defensa y promoción a sus derechos fundamentales. Toda persona debe hacer las correctas por los más nobles motivos. Se ennoblece. Por eso todos nos volvemos promotores de los derechos humanos. Nos preguntamos, ¿el bien común está por encima del bien particular? Si los bienes humanos son lo que son, no pueden estar en contradicción con el bien común. El conjunto de condiciones para que la familia, individuos y grupos sociales puedan desarrollarse, los derechos humanos son vitales y van juntos, de lo contrario no hay bien común. De este modo, los derechos humanos son los constitutivos últimos del bien común.

Los seres se reconocen por sus acciones. Si la persona puede exteriorizar acciones inmateriales, como amar, odiar, conmovirse, esos actos son producidos por una potencia de inmaterialidad absoluta. A las personas se les trata como un fin y no un medio. Son esas “verdades autoevidentes” que alude la Declaración de Independencia americana de 1776. Siglos más tarde, la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, su primer párrafo reconoce la dignidad intrínseca y derechos inalienables. Las cosas tienen precio o valor, las personas tienen dignidad. Las cosas se pueden intercambiar por algo equivalente, las personas no. La dignidad no es un valor sino un bien humano inmaterial que carece de límites.

Sobre la palabra valor sabemos que está extendida y el derecho constitucional no fue la excepción. La Constitución española de 1978, por ejemplo, nos dice: “(...) España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”⁴⁸⁴. Se trata de un concepto que alude aquello que deseamos

483. Nueva versión de la conferencia pronunciada en el Seminario *Clonación y Aborto*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 23 y 24 de mayo de 2003.

484. Cfr. Artículo 1 de la Constitución española de 1978.

mantener existente; sin embargo, el problema de brindarle a la palabra valor un concepto genérico colocaría cualquier comparación al mismo nivel, al punto de tornarse irreductibles. Por eso, resulta más temerario cuando el concepto de valor se aplica a los seres humanos. La persona no es un valor sino un fin en sí misma⁴⁸⁵.

El derecho a la vida es un bien humano fundamental e indisponible, es decir, que no puede ser renunciado, limitado o eliminado arbitrariamente⁴⁸⁶. No nos encontramos ante un bien humano más de la persona que debe respetarse, sino de un bien capaz de confundirse con el titular universal de los derechos humanos⁴⁸⁷. El concepto de “derecho a la vida” se refiere al reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho intrínseco a estar vivas y a no ser privadas de la vida de manera injusta o arbitraria. Este derecho se encuentra reconocido expresamente en constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos. La indisponibilidad del derecho a la vida significa que este derecho no puede ser renunciado por la persona afectada ni puede ser limitado de manera injustificada por el Estado u otras partes. En la mayoría de los casos, el derecho a la vida tiene un carácter absoluto, lo que significa que no puede ser sacrificado en aras de otros intereses o derechos, excepto en circunstancias extremadamente limitadas, como la legítima defensa. Sin embargo, existen debates y diferencias de opinión en torno a situaciones como el aborto, la pena de muerte y otros temas relacionados con el derecho a la vida. Es importante tener en cuenta que la interpretación y aplicación específica del derecho a la vida pueden variar según la cultura, las leyes y las normas de cada país.

El contenido constitucional del derecho a la vida puede variar según la jurisdicción y el sistema legal de cada país. Sin embargo, en términos generales, el derecho a la vida suele incluir los siguientes aspectos:

A) La protección contra la privación arbitraria de la vida: El derecho a la vida implica que ninguna persona puede ser privada de su vida de manera

485. En el mismo sentido, véase STITH, Richard: “La prioridad del respeto” en *Revista Persona & Derecho* N° 62, 2010, p. 185.

486. En palabras de Nuñez, “(...) por vida entendemos aquella condición que acompaña al ser humano desde el primer instante en que existe hasta el último segundo previo a su muerte. En términos cronológicos, es lo que existe antes de la muerte (y parece razonable pensar que todos sabemos lo que es la muerte)”; cfr. NUÑEZ, Manuel Antonio: “El derecho a la vida o el deber de respetar la vida” en AA.VV: *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1997, p. 47.

487. Como indican Pedro Serna y Fernando Toller, “[p]ara comprender esta afirmación basta advertir que la vida es condición de posibilidad de existencia del sujeto y, por tanto, del ejercicio y preservación de cualquier otro derecho, fundamental o no”; cfr. SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando: *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de Derechos*, La Ley, Buenos Aires, p. 28.

- injustificada, arbitraria o sin un debido proceso legal. Esto se aplica tanto a las acciones del Estado como a las de terceros.
- B) La protección antes y después del nacimiento: En muchos casos, el derecho a la vida se extiende a la protección de los individuos antes y después de su nacimiento, reconociendo el valor de la vida desde el momento de la concepción.
 - C) Prohibición de la pena de muerte: En algunas jurisdicciones, el derecho a la vida puede incluir la prohibición de la pena de muerte, considerando que su imposición constituye una violación del derecho fundamental a la vida.
 - D) Derecho a la integridad física: El derecho a la vida también puede implicar el derecho a la integridad física, protegiendo a las personas de sufrir daños graves o mutilaciones que pongan en peligro su vida.
 - E) Derecho a la salud y al acceso a atención médica: El derecho a la vida puede estar relacionado con el acceso a servicios de salud y atención médica adecuados para garantizar la supervivencia y el bienestar de las personas.
 - F) Derechos reproductivos: En algunos casos, el derecho a la vida puede estar relacionado con cuestiones de salud reproductiva y decisiones sobre el aborto, lo que puede generar debates y diferencias de opinión.

La muerte es un hecho, futuro y cierto. No es un derecho, todos vamos a morir. La enfermedad es una condición, no se relaciona con la dignidad humana. La enfermedad puede ser terminal, degenerativa, una decadencia progresiva de las facultades personales, cognitiva, pero ello no vuelve indigna a la persona. La dignidad se tiene, se puede actuar contraria a ella a través de un hecho impropio de la condición humana.

Las enfermedades pueden ser muy sensibles, duras, propiciar la insolidaridad familiar, llevarse en soledad, sin medios humanos ni económicos, pero esas circunstancias no hacen indigna a la persona. Las políticas públicas son necesarias a efectos de una igualdad material. La vida digna no es la ausencia de sufrimiento, sino todo lo contrario. Eres digno por ser un fin en sí mismo, sin importar tu condición personal.

Los problemas que traen consigo la vida, la clonación y el aborto están relacionados con los problemas que desde el punto de vista constitucional aquejan a los derechos y libertades en la actualidad. Por esa razón, nombraremos las causas de fondo que han dado lugar a que hoy se discuta su admisión en medio de un sistema jurídico. Los

problemas que el derecho constitucional contemporáneo debe enfrentarse ya no radican solamente en el enfrentamiento de quienes consideran que los derechos son un conjunto de prerrogativas que los estados reconocen a los ciudadanos, frente a quienes pensamos que más bien son los derechos y libertades los que le otorgan su legitimidad y carácter constitutivo a la Constitución de cualquier Estado. En la actualidad, esta discusión entre positivistas e iusnaturalistas se ha trasladado al terreno de saber quién es el titular de los derechos. Veamos los problemas de fondo y al final nuestra defensa a la Constitución.

I. La pérdida de los presupuestos

Como sabemos, las primeras declaraciones de derechos, desde la Carta Magna inglesa de 1215, la Constitución estadounidense de 1787, y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791, se inspiraban en esa idea medular del derecho constitucional, y eso era posible gracias a que la doctrina de los derechos nació sobre las siguientes bases:

A) La firme creencia en una naturaleza del hombre con su igualdad esencial y dignidad. Y,

B) La existencia de un amplio acuerdo sobre lo fundamental (lo mismo que decir un consenso ético social básico).

¿Cuáles eran estos presupuestos? En concreto nos referimos aquellos que dieron origen a lo que hoy conocemos como derecho constitucional y que se encuentran, precisamente, en los países creadores y difusores del constitucionalismo (Reino Unido, Estados Unidos, Francia). Por ejemplo, en la Declaración de Independencia Americana (1776) nos dice que existen ciertas auto verdades evidentes que no necesitan demostración, como determinados derechos inalienables, como “la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”⁴⁸⁸. Sin embargo, hoy en día, el principal presupuesto que se ha perdido es que los derechos y libertades estaban tradicionalmente delineados y adscritos a la simple naturaleza del ser humano y no a una condición del mismo, como veremos más adelante.

Hace ciento cincuenta años no había más que unas pocas declaraciones sobre derechos y bien cortas. En la actualidad, la cantidad de los derechos recogidos en ellas

⁴⁸⁸. Véase la Declaración de Independencia Americana de 1776.

es grande, desproporcionada, e irreal si la medimos en función al grado de su aplicación efectiva, sobre todo en los países del tercer mundo. En su mayor parte, este incremento se debe a la incorporación de prestaciones del estado de contenido económico y social. Un crecimiento que conduce a la desintegración y a la desnaturalización del concepto inicial de los derechos; pues, si bien es cierto que los derechos económicos y sociales fueron complementarios a los clásicos, el proceso de añadir nuevos derechos de prestación podría resultar negativo para la idea de Constitución. Por lo menos provocaría su desprestigio en los ciudadanos. Este proceso inflacionario es observado como un proceso de fragmentación de los derechos y libertades, algo que no parece un progreso para el constitucionalismo, ya que no es fácil que pueda resultar otra cosa que: o unos derechos que realmente ya están contenidos en alguno de los clásicos (como el derecho de sindicación que está implícito en el asociación), o unos derechos del ámbito del derecho internacional público (a la paz , al desarrollo), o una ruptura conceptual de la naturaleza y titularidad de los derechos que llega en ocasiones a lo absurdo y pavoroso (los derechos de los animales por ejemplo).

Otro presupuesto que está en crisis es que se daba por supuesta la vinculación indisoluble entre los derechos y el ser humano. Actualmente ese vínculo tiene unas fisuras lo cual refleja que, en la práctica, el ser humano no viene siendo titular de los derechos por su naturaleza y dignidad sino por alguna condición en concreto. Un error de penosas consecuencias si no los académicos no ayudamos a crear una opinión pública acorde con la verdad. En ese sentido, vale la pena llamar la atención sobre el hecho que los movimientos ecologistas de nuestros días insisten en que las agresiones al orden de la naturaleza biológico-material siempre producen secuelas negativas. Como dice el profesor Pereira Menaut, “parece lógico preguntarse: ¿por qué eso se admite fácilmente acerca de la naturaleza biológico-material y no acerca de la naturaleza humana y del orden filosófico-jurídico del mundo?” Consideramos que este “crack” comienza con el final de la segunda guerra mundial, el Estado se convierte en cada vez más asistencialista (es decir, paso de un “no hacer”, “no intervenir” en contra de los derechos a una actitud positiva y a ofrecer prestaciones) y el reconocimiento de derechos sociales pasa de las leyes a la Constitución con excepción de algunos países (Reino Unido y Francia). La forma de las constituciones modernas desde mediados del siglo XX empezó a experimentar un giro a partir de los derechos, un cambio que todavía está en marcha. En resumen, el Estado debía de intervenir en todo y reconocer mayor cantidad de derechos y prestaciones a los ciudadanos, lo cual puso en riesgo la libertad ya que con el nuevo papel del Estado aumentaron los controles públicos.

II. Se desdibuja el titular de los derechos

Como sostiene el profesor Pereira Menaut, “una de las peores cosas que le podría ocurrir al constitucionalismo es que el ser humano dejara de ser un claro titular de los derechos y libertades. Son pocos los problemas que afectarían tanto al núcleo de los derechos, pues, si se pierde el titular de los derechos se perdería con el su fundamento”. Por eso, poco importa que la discusión se centre en si los derechos son una concesión del soberano o que tienen un carácter absoluto, si su naturaleza es positiva o iusnaturalista; cuando el “golpe de gracia” está en crear una confusión en torno a su titularidad. En ese sentido, sería irónico que en pleno siglo XXI la humanidad haya alcanzado la más amplia protección de los derechos pero que su titular ya no sea tan claro para la Constitución. En efecto, hoy en día ya no se reconocen sólo los derechos del ser humano sino los derechos del grupo, es decir, del niño, de la mujer, del anciano en situación de abandono, los homosexuales, etc. Sin contar que las constituciones modernas encargan a los poderes públicos que hagan efectiva la libertad de los individuos y los grupos, incluyendo los partidos políticos, sindicatos, etc. Según el tenor de estas constituciones parece como si los grupos fueran titulares originarios de estos derechos, lo cual creará mayor confusión e incertidumbre.

En este panorama general quisiera referirme al aborto. En el derecho comparado, concretamente el Tribunal Constitucional español en su sentencia del 11 de abril de 1985 sostuvo que el concebido no estaba incluido en la frase “todos tienen derecho a la vida”, pues la palabra “todos” era demasiado vaga e imprecisa para un sector político y de opinión. Que el concebido es sujeto de derecho para cuestiones relativas a los derechos hereditarios, pero no para disfrutar ya del derecho a la vida. Por otro lado, en los Estados Unidos, una famosa sentencia del Tribunal Federal norteamericano, conocida como *Roe vs Wade* (1973), admitió el aborto gracias a un razonamiento muy individualista; como si la madre pudiera hacer su voluntad individual sin ninguna obligación ni para con el nacido, ni para con la sociedad⁴⁸⁹. Con sentencias de esta naturaleza es lógico pensar que la aprobación o no de una ley a favor de la clonación humana no dependerá de la razón sino de un procedimiento. Es decir, no se tomará en cuenta el fondo sino la técnica para alcanzar esos objetivos.

489. La decisión de la Corte Suprema en *Roe vs Wade* fue aprobada por una mayoría de siete jueces contra dos en favor que mujeres “(...) tienen en derecho constitucionalmente protegido al aborto en las fases tempranas del embarazo”; cfr. DWORKIN, Ronald: *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución norteamericana*, Palestra Editores, Lima, 2019, p. 55. La Corte Suprema estadounidense en 2022 se aparta del precedente judicial con 5 votos contra 4, abriendo el camino para que el aborto pueda ser ilegalizado en los estados federados que lo decidan; véase, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-61806107#:~:text=La%20Corte%20Suprema%20de%20Estados,al%20aborto%20en%20el%20pa%C3%ADs>.

En la actualidad parece una contradicción que un Estado discuta leyes que propicien el aborto y que se discuta la posibilidad de experimentar con la clonación humana cuando, paralelamente, las constituciones modernas con todo el reconocimiento de derechos y libertades, con las diversas instituciones de garantía para protegerlos, respaldadas por instrumentos internacionales e instancias supranacionales para su protección, nos muestran un panorama aparentemente distinto. No obstante, vemos también que los países y culturas que admira el derecho constitucional tuvieron sus propias contradicciones. Por ejemplo, los romanos, con toda su creación del Derecho practicaron la esclavitud. Los norteamericanos practicaron no sólo la esclavitud sino además el racismo; y en el Reino Unido se dio la explotación de la clase trabajadora durante la Revolución Industrial, que tampoco no fue poca cosa. La razón principal de todo esto es que la teoría constitucional, si bien fue redactada hace varios siglos, su aplicación fue y sigue siendo progresiva, incluso en los países más desarrollados que han alcanzado un gran fortalecimiento de las instituciones democráticas; pero no olvidemos que en sus orígenes la Constitución (medio para frenar el poder) y la Democracia (participación en el poder) eran como dos rectas paralelas que se hicieron secantes bien entrado el siglo XX.

III. Una defensa del Derecho Constitucional

Ante este panorama vemos que la constitución simplemente es espectadora de estos problemas, pero el papel que le tocó jugar al derecho constitucional en el derecho de personas y libertades fue fundamental fue medular y es ahí que creo que es conveniente hacer una defensa.

Entre las diferentes políticas ensayadas a lo largo de la historia sólo la Constitución y su movimiento convirtieron los derechos en su principal finalidad. En este punto hay que ser claros si buscamos en que se basan las diversas teorías y formas políticas sobre la cual gira su fundamento último, en que están construidas o constituidas, veremos que no todos se basan en lo más profundo de los derechos humanos. Por ejemplo, hay teorías que parten de la base del contrato social para explicar la comunidad política, unas como sabemos se basan en metas y objetivos, concretamente el autoritarismo o los totalitarismos, por ejemplo; otras parten de la idea de los deberes, como las tesis de Kant, pero solamente el concepto Constitución tiene como principal defensa a los derechos humanos, muchos siglos antes que el derecho internacional público. Por todo lo anterior nos queda claro que legalizar el aborto y experimentar con la clonación humana no sólo son prácticas institucionales, sino que comprometen realmente la existencia real de la propia Constitución en un Estado.

IV. Las constituciones en la actualidad

¿Qué conclusiones puedo decir ante todo esto? En primer lugar, que las constituciones han dejado reflejar un acuerdo sobre lo fundamental, es decir, han dejado de ser un acto de fe concreto, sino más bien han pasado hacer un acuerdo sobre lo procedimental, es decir solamente una técnica legislativa y esto lo podemos apreciar actualmente con los debates sobre el proyecto de reforma de la Constitución de 1993. Hemos seguido los debates y solamente la comisión de reforma se dedica a estudiar si el parlamento es unilateral o bilateral, número de escaños, si habrá o no reelección, etc., pero no hay suficiente debate sobre los derechos que se reconocen. Por tanto, para que el aborto y la clonación sean admitidas bastará un reconocimiento expreso por el sistema jurídico del Estado y establecido en la Constitución para darle mayor peso. No obstante, de acuerdo con una visión iusnaturalista que cree en el carácter absoluto de los derechos, por más que se hayan cumplido los procedimientos formales (proyectos de ley, discusión, debate, promulgación y reforma) los ciudadanos no deberán reconocer la legitimidad de esos actos dado que son prácticas inconstitucionales.

La segunda conclusión es la gran contradicción que existe en el derecho constitucional contemporáneo, ya que tenemos tratados internacionales que reconocen a los derechos fundamentalmente, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal, entre otras declaraciones de las Naciones Unidas; contamos además con numerosas instituciones de garantía para su para su protección pero, curiosamente, el titular está desdibujado y, frente a esto, el aborto y la clonación humana.

Finalmente, quiero decirles que el constitucionalismo nunca estuvo exento de luchas, que sigue siendo un camino largo y, por momentos, agrietado; también duro y, a veces, trágico para los países; incluso para aquellos más desarrollados de donde justamente proceden estos errores conceptuales que ponen en peligro a la humanidad; pero si el objetivo primero y último de la Constitución es la defensa de derechos y libertades, vale la pena afrontarlos.

La constitucionalidad y el servicio militar⁴⁹⁰

I. La respuesta del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 0015-2013-PI/TC) declaró fundada e inconstitucional en parte el artículo 78.9 del Decreto Legislativo N° 1146 e inconstitucional el segundo párrafo del artículo 48 y la frase “o sea menor” del artículo 50 de la Ley N° 29248, modificada por el Decreto Legislativo N° 1146, correspondiendo su expulsión del ordenamiento jurídico, sin perjuicio que el sorteo pueda ser utilizado, correspondiendo al Congreso el deber de emitir una debida regulación.

El Tribunal dispuso en su resolución que no pueden imponerse multas para los ciudadanos omisos al servicio militar, pero sí podrá suspenderse temporalmente sus derechos civiles. Como se encontraba regulado, los ciudadanos que eran sorteados pero no acudían al llamamiento debían ser sancionados con una multa del 50% de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT) y, además, con la suspensión de los efectos legales de su Documento Nacional de Identidad (DNI); es decir, quedarían suspendidos sus derechos como ciudadano para realizar actos notariales, celebración de contratos, obtención de pasaporte, operaciones financieras, etc.; pero que una vez que se pagaba la multa, se levantará la suspensión. De esta manera, el Tribunal Constitucional ha declarado sin efecto parte del artículo 78.9 de la Ley del Servicio Militar, es decir, la fijación de una multa del 50% de la UIT, pero considerando conforme con la Carta de 1993 la suspensión temporal del ejercicio de los derechos civiles. A continuación, un breve resumen y crítica a sus argumentos:

A) El pago de una multa para evitar el servicio militar es discriminatorio

El máximo intérprete de la Constitución declara inadmisibles que se permita a un ciudadano liberar del servicio militar obligatorio mediante el pago de una compensación pecuniaria. Una disposición que promueve un evidente trato discriminatorio.

490. Una primera versión fue publicada en *Gaceta Constitucional (sección análisis y crítica)*, Tomo 78, junio 2014, pp. 97-100.

rio a una mayoría de ciudadanos en razón a su capacidad económica, produciéndose una vulneración del derecho a la igualdad. Al respecto, el Tribunal Constitucional argumenta que “[l]a multa (...) lejos de adecuarse a la finalidad represiva que le corresponde como institución del derecho administrativo sancionador, constituye una válvula de escape idónea para permitir que determinadas personas se sustraigan de su pretendido deber de contribuir al Sistema de Defensa Nacional a través del servicio militar. En ese sentido, se estima que existen razones suficientes para concluir que la regulación impugnada deviene inadmisibles en términos constitucionales”. De este modo, el Tribunal considera que la imposición de una multa en el artículo 78.9 de la Ley de Servicio Militar es inconstitucional, con lo cual quedaría expulsada del ordenamiento jurídico la frase del mismo artículo que establecía la aplicación de dicha multa.

B) La suspensión de los derechos civiles es temporal

Con relación a la suspensión de los derechos civiles como una medida sancionatoria a los omisos al servicio militar, el Tribunal considera que no resulta irrazonable disponer la suspensión de los efectos legales del documento nacional de identidad (DNI) estableciendo en su resolución que “es constitucionalmente posible imponer las referidas sanciones a aquellos que se resistan a cumplir con sus deberes reconocidos en la Constitución, tales como aquel que manda a los ciudadanos participar de la defensa nacional”; sin embargo, advierte además que resulta evidente que bajo ninguna circunstancia será admisible que algún deber o principio constitucional sirva de excusa para privar a una persona de su capacidad de ejercicio de forma indefinida o irreversible, concluyendo que la naturaleza del artículo 78.9 de la Ley del Servicio Militar debe respetar el ordenamiento constitucional “siempre que se prevean mecanismos dirigidos a salvaguardar el derecho fundamental a la personalidad jurídica de tal manera que, antes que constituirse como una condena de ‘muerte civil’, la medida restrictiva en cuestión esté sujeta a un plazo, a una condición o, cuando menos, a un procedimiento de revisión”. Por ese motivo, el máximo intérprete exhorta al legislador para que en el más breve plazo se regule un mecanismo alternativo que evite que la sanción de suspensión de los efectos del DNI derive en una condena equivalente a una “muerte civil”, como sería privarle a un ciudadano de su capacidad de ejercicio de forma permanente.

En el derecho comparado, el Tribunal Federal alemán argumenta que el no viola el principio de dignidad humana. El máximo intérprete de la Ley Fundamental de Bonn sostiene que si el Estado vela por la dignidad y libertad sí puede obligar a los

ciudadanos que defiendan a su comunidad política. Por eso, en aras de proteger a la dignidad humana y la libertad, los individuos pueden ser llamados para poner su vida en peligro⁴⁹¹.

C) Sí se podrán realizar sorteos para cubrir las vacantes del servicio militar

Dado que la sentencia del tribunal Constitucional no ha dejado sin efecto el artículo 50 de la Ley de Servicio Militar, por no haberse alcanzado al menos con cinco votos conformes de los magistrados (sólo se alcanzaron cuatro votos), se ha declarado la validez de los sorteos que se convoquen para cubrir las vacantes requeridas para cumplir con el servicio militar; con lo cual, si el sorteado decide no acudir al servicio militar, el Tribunal ha validado la sanción de suspender, temporalmente, sus derechos civiles derivados del uso del DNI. Por eso, el Tribunal ha exhortado al Congreso para que, en el más breve plazo, regule un mecanismo que evite que la sanción de suspensión de los efectos del DNI derive en una condena de muerte civil. Para lograrlo, el Parlamento debe establecer que dicha medida restrictiva esté sujeta a un plazo (por ejemplo uno o dos años de suspensión), a realizar una concreta prestación a la comunidad (llámese un voluntariado) o, al menos, un procedimiento de revisión; es decir, si el ciudadano sorteado pueda probar que se encuentra en alguna de las excepciones previstas en el artículo 50 de la Ley del Servicio Militar, ser responsable del sostenimiento del hogar, cursar estudios universitarios, ser residente en el extranjero o padecer de discapacidad física o mental grave y permanente. También se encontrarían exceptuados de realizar el servicio militar las personas que se encuentren cumpliendo alguna pena privativa de la libertad.

Con relación a la naturaleza y finalidad del sorteo de plazas vacantes, el diccionario de la Real Academia Española, define al concepto sortear como “someter a personas o cosas al resultado de los medios fortuitos causales que se emplean para fiar a la suerte una resolución”. Nos parece que nada hay más alejado de la constitucionalidad que someter a la suerte determinados aspectos y decisiones que están íntimamente relacionados con el ámbito personal y con la libre determinación de las personas en una comunidad política. El sorteo implica una manifestación de voluntad de la persona que acepta con otra ese medio como una solución práctica a una determinada decisión, con fines lícitos, que surtirá efectos entre las partes y asumiendo sus consecuencias jurídicas y económicas, pero nunca como una imposición estatal que

491. STARCK, Christian: *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson-Constitucional, Madrid, 2011, p. 130.

pueda estar amparada por la constitucionalidad. En ese sentido, el sorteo de vacantes sólo podría ser amparado por la constitucional en la medida que las personas implicadas manifiesten su voluntad de realizar el servicio militar pero que las plazas ofrecidas no alcancen para todos los aspirantes que reúnan las mismas condiciones académicas, físicas y psicológicas para realizar una carrera en las fuerzas armadas.

II. El Estado Constitucional de Derecho y el orden interno

Los principios de idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad deben estar presentes en todo juicio de constitucionalidad que busca analizar el contenido y propósito de una ley, o norma del mismo rango, y descubrir si guarda o no conformidad con los principios de deben inspirar a un Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, la naturaleza de toda norma debe guardar concordancia con los valores y principios que inspiran la constitucionalidad, por eso el establecimiento de deberes a los ciudadanos de cualquier comunidad política debe estar armonizado con el pleno disfrute de los derechos humanos.

Para que las carreras militares y el servicio militar voluntario sigan siendo atractivas a los jóvenes de hoy, especialmente en un mundo globalizado, el mantenimiento de la suspensión temporal del ejercicio de los derechos civiles no es una medida idónea. La redacción de la norma se inspira un contexto histórico lejano en unos tiempos de avance hacia una gobernabilidad democrática. Las deficiencias para cubrir el número de plazas del servicio militar deben resolverse haciendo más atractiva la carrera militar frente a la educación técnica y superior, las cuales tampoco son incompatibles y podrían estar integradas como parte de la formación de los miembros de las fuerzas armadas. El número de postulantes a las fuerzas armadas disminuyó porque en el país creció la oferta educativa para la enseñanza superior, todavía más con la ley que permitió la creación de filiales. El servicio militar debió cambiar de estrategia y volverse más atractiva. Ofrecer la posibilidad de una carrera técnica, o el ingreso directo a universidades públicas al culminar el servicio, podrían ser buenas medidas inclusivas a ciudadanos con menos oportunidades de desarrollo personal.

Debemos tener presente que la carrera militar también responde a una vocación, como la de médico, abogado, filósofo o ingeniero, no se debe imponer a la fuerza y menos valerse de la ley para conseguirlo. No olvidemos que las leyes se expiden por la naturaleza de las cosas y no para crear diferencias entre las personas. Su concepción más clásica, la concibe como la ordenación de la razón, dada para el bien común y

promulgada por una autoridad competente. Coincidimos con el Tribunal en que la imposición de una multa sólo fomentará la evasión de la norma a los ciudadanos que dispongan de los medios económicos para burlar la ley del servicio militar; pues los ciudadanos con menos recursos recurrirán al ingenio de la solidaridad familiar, incluso vecinal, para lograr los mismos objetivos, pero en condiciones discriminatorias.

El Estado no debería imponer sino promover que las carreras militares puedan profesionalizarse y competir con otras legítimas opciones que los jóvenes posean en un Estado democrático. Solo así habrá disposición para servir a su país de la forma más conveniente y de acuerdo con su vocación, condiciones, libre determinación y proyecto de vida personal. En resumen, los ciudadanos que poseen más recursos económicos pueden evadir el servicio militar obligatorio por sorteo y cumplirán con el país, los que menos tienen deben realizar el servicio con amenaza de suspensión del ejercicio de sus derechos civiles si incumplen su obligación cívica. Un trato discriminatorio fundado en la diferente capacidad económica de las personas.

Los derechos civiles están reconocidos y amparados por la Constitución, el artículo 31 de la Carta de 1993 establece claramente que es “[n]ulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”. Una interpretación constitucional mediante el principio de *favor libertatis* nos ayuda a comprender que se trata de una disposición abarca a todos los derechos que ampara la Carta de 1993, incluyendo lo dispuesto por el artículo 3 (derechos innominados). Es más, para mayor abundamiento, si el artículo 32 de la Constitución peruana establece que no pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales (pues se entiende que se realizaría finalmente por una ley de reforma constitucional), con mayor razón una ley ordinaria aprobada por el Congreso tampoco podría lograr el mismo cometido de restringir o abolir los derechos y libertades; de hacerlo, la Constitución se convertiría en un documento fácilmente burlado por el legislador, imponiendo sanciones, económicas y legales, que afectan los derechos humanos por la supuesta afectación de deberes cívicos, los cuales no pueden quedar resumidos sólo en el debido cumplimiento del servicio militar sino que se tratan de deberes que también pueden realizarse cumpliendo con pagar los impuestos y conducirse como un ciudadano respetuoso de las instituciones que conforman un Estado Constitucional de Derecho. La decisión del Tribunal de no declarar la inconstitucionalidad de una sanción que equivale a una muerte civil, aunque sea temporal, afecta la dignidad de la persona, la raíz y fundamento de los derechos humanos.

III. No cabe la inconstitucionalidad a medias de las normas legales

Un tema aparte pero vinculado con el contenido de la resolución que comentamos es analizar si una sentencia puede ser declarada inconstitucional en parte; sobre el particular entendemos que ello sólo sería posible en la medida que las pretensiones del demandante no estén estrechamente vinculadas entre sí pese a su encuentro en una misma demanda de inconstitucionalidad, producto de la estrategia legal de la parte considerada afectada en sus derechos. En el presente caso, de acuerdo con nuestros comentarios, no nos encontramos en este escenario, pues, tanto la imposición de una multa, como el sorteo y muerte civil temporal contemplados en la Ley N°29248 y su modificatoria en el Decreto Legislativo N°1146 se encuentran estrechamente vinculados, unos con otros, y por tanto son todos actos inconstitucionales producto de una imposición estatal.

La cláusula de conciencia para periodistas y el derecho constitucional⁴⁹²

I. El marco constitucional

Antes de comentar las relaciones entre el derecho constitucional y la cláusula de conciencia para periodistas, primero debemos referirnos a la objeción de conciencia, la cual no se encuentra reconocida expresamente en la Carta de 1993, a diferencia de otros países que sí contemplan. No obstante, pese a su aparente silencio, considero que podemos deducirla del catálogo de derechos constitucionales por los siguientes argumentos.

Primero. Los fundamentos de los derechos constitucionales son la dignidad, la libertad y la igualdad. Y es precisamente en esos tres pilares donde opera la objeción de conciencia. La *igualdad* porque el tener una opinión o posición distinta, que uno considera por ley natural que es la verdad, no debe traer consigo la discriminación de aquellos que promueven una opinión adversa. La *libertad* para expresar públicamente nuestra disconformidad con una opinión contraria a la ética profesional; y finalmente la *dignidad* porque, si no manifestamos nuestro desacuerdo, afectamos la propia condición humana.

Segundo. La Carta peruana, con todos sus problemas de aplicación, reconoce por influencia de la Constitución norteamericana la llamada cláusula de los derechos implícitos. Es decir, que los derechos reconocidos no se agotan en el catálogo de la Constitución de 1993, sino que también forman parte de ella todos los derechos que se fundan en la dignidad humana, así como los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por la Constitución (artículo 3).

Por esos motivos, y desde una interpretación judicialista, considero que el reconocimiento de la objeción de conciencia también forma parte del catálogo de derechos de la Constitución peruana.

492. Nueva versión de la conferencia en el coloquio titulado "La cláusula de conciencia", publicado en el libro de ponencias, Universidad en Piura, 2002.

II. La cláusula de conciencia como garantía

Si bien el Derecho Constitucional contemporáneo ha desarrollado mecanismos de protección para los derechos y libertades básicos, también es cierto que algunos de ellos necesitan un “refuerzo”, una ayuda, pero ya no tanto del propio derecho constitucional, como son los casos del habeas corpus, el amparo, o el habeas data, por ejemplo, sino también del Derecho Común.

Si bien el amparo protege el derecho a no ser discriminado por manifestar una opinión, así como la defensa de la libertad de prensa, información y comunicación; lo cual también nos hace ver que la objeción de conciencia opera desde el marco constitucional; en la práctica, su plena realización no sólo puede estar a cargo de las clásicas garantías constitucionales, como habeas corpus o el amparo, sino también de una garantía adicional, de un “refuerzo”, que no gira en torno al derecho constitucional, sino alrededor del ordenamiento civil y laboral.

La cláusula de conciencia en los contratos para periodistas vendría a ser una garantía necesaria para realizar la objeción; debido a que, en nuestra opinión, hay derechos, como el de información, que por su naturaleza requieren de una protección especial. En ese sentido, las garantías constitucionales de habeas corpus y amparo tienen sus límites ante el inminente despido de un periodista que pierde su empleo por defender sus principios. Por eso, la necesidad de incorporar una cláusula indemnizatoria en su contrato con la empresa informativa, cuando se produce un cambio de línea editorial, favorece la *libertad*, que es el espíritu del derecho constitucional.

III. La futura dimensión de la cláusula de conciencia

Consideramos que la cláusula de conciencia para periodistas sólo debe ser el primer paso para su incorporación en otras áreas no exentas de conflictos, como son los casos del quehacer de un profesional auténtico frente a los actos y posiciones que atentan a la verdad. Por eso, no hay razón para que la cláusula de conciencia no habite en los contratos que los hospitales y determinadas clínicas celebren con los médicos, sobre todo en temas como el aborto, la esterilización, la eutanasia, por ejemplo. Finalmente, lo mismo podríamos decir para el caso de los estudios de abogados, cuando sus socios imponen una solución o línea de conducta que implique una renuncia a los principios que inspiran la profesión, o que no se funden en el Derecho Natural.

Bibliografía comentada

A continuación, presentamos una breve relación de libros y revistas utilizada para elaborar esta obra. Si bien no agotan el rigor de la investigación emprendida, dado que pueden observarse más referencias al pie de cada página, la lista tiene la finalidad de comentar un conjunto de publicaciones, las cuáles sugirieron más de una idea durante el proceso de redacción del libro, la materia prima de todo escritor.

ABRUÑA PUYOL, Antonio; BACA ONETO, Víctor; ZEGARRA MULANOVICH, Álvaro: “Algunas ideas para el estudio de la autonomía universitaria en el ordenamiento peruano” en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, N° 1, 2000, pp. 9-57. Un ensayo que aborda el principio de autonomía durante una época de discusión política sobre la naturaleza de la labor universitaria frente a la legislación estatal.

ALEXY, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Las teorías del profesor Alexy han influido en la doctrina contemporánea y en especial sobre la relación de las reglas y principios, así como sus mandatos de optimización. No comparto su visión positivista respecto al presunto conflicto entre derechos fundamentales, me siento parte de la armonización de derechos a la luz de su contenido constitucional protegido.

AA.VV: *Código Procesal Constitucional Comentado*, artículo por artículo, Gaceta Jurídica, Tomos I-IV, Lima, 2015. A pesar de tener en vigencia un nuevo código procesal, se puede convenir que se trata de una reforma integral que no ha cambiado sustancialmente los principios que inspiraron al primer instrumento procesal para la garantía de los derechos fundamentales.

AA.VV: *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Gaceta Jurídica, segunda edición, Lima, 2022. Es una obra que lleva varias ediciones y que fue creciendo en profundidad a través de las sentencias de su máximo intérprete que invita con espíritu crítico a revisar y ampliar los alcances y contenido de sus disposiciones.

AA.VV: *La interpretación constitucional*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2005. Una obra colectiva que aporta distintas visiones respecto a la inacabable tarea de descubrir el contenido de los principios y reglas constitucionales desde una visión judicialista. El profesor Eduardo Ferrer McGregor realizó la loable tarea de reunir a un conjunto de constitucionalistas para ofrecernos una visión plural sobre la interpretación a la Norma Fundamental ligada al derecho procesal constitucional, que también depende del derecho constitucional sustantivo.

AA:VV: *Lecciones de Derechos Humanos*, EDEVAL, Valparaíso, 1997. El profesor José Ignacio Martínez Estay fue uno de los impulsores de una obra colectiva que aborda el estudio a los derechos fundamentales desde una visión *commonsensical* y judicialista. Un trabajo compuesto de una lección por autor, cada uno con su estilo, pero compartiendo la idea principal de la persona como titular universal de los derechos humanos.

AA. VV: *Una Constitución para el Ciudadano*, Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, Caracas, 1994. Es una obra que agrupa estudios dedicados a la reforma del Estado. El título acierta cuando acentúa al ciudadano, pues en la actualidad sigue preponderando el estatismo como concepto abarcador de toda realidad política, social, económica, cultural y jurídica. Las constituciones son para el ciudadano que impone su cumplimiento al Estado.

AA: VV : *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992. Una obra que agrupa sendos ensayos individuales de cada texto constitucional iberoamericano respetando un esquema similar de trabajo: historia constitucional, características, derechos y libertades, separación de poderes, control de constitucionalidad, etcétera.

ARA PINILLA; Ignacio: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990. Los ensayos sobre derechos humanos durante los años ochenta incidieron en su origen y clasificación, una visión propia de los internacionalistas hasta el aporte desde la filosofía del Derecho para abordar sobre su contenido constitucionalmente protegido y sus consecuencias al momento de interpretar judicialmente los principios y reglas constitucionales.

ARENDRT, Hanna: *“The Perplexities of the Rights of Man”* en *The Portable Hannah Arendt*, Penguin, Nueva York, 2000. Una reflexión sobre el contexto que ilustra las denominadas “perplejidades” que están inherentes al concepto de los derechos humanos, más allá cómo se hayan definido alguna vez, sea la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad que fue su concepción estadounidense.

ATALIBA, Geraldo: *Hipótesis de Incidencia Tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario; Lima, 1987. Una obra a la que sumo la nostalgia de ser leída durante mi época de alumno universitario para aprobar el primer curso de tributario.

BARNETT Randy; BLACKMAN, Josh: *An introduction to Constitutional Law. 100 Supreme Court cases everyone should know*, Wolters Kluwer, New York, 2020. Una relación de los casos más emblemáticos resueltos por la Corte Suprema estadounidense, los cuáles tienen la condición de leading cases de su derecho constitucional.

BECERRA PALOMINO, Enrique: “Derecho a la intimidad” en *Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1992. El trabajo académico de los profesores civilistas sobre los derechos de la personalidad resultan tan amplios como las obras escritas de constitucionalistas en materia de derechos fundamentales; por ejemplo, España, Francia e Italia son ejemplo de simetría intelectual en ambas materias.

BURNS J, PETALSON J.W, CRONIN, T. B, MAGLEBY D. B: *Government by the people. National, State and Local version*, Prentice Hall, New Jersey 1998. Los manuales de derecho constitucional anglosajón destacan por el indistinto uso de las fuentes jurídicas, históricas y culturales para explicar el contenido y razón de sus instituciones.

CAMARENA ALIAGA, Gerson; BUENO RAMOS, Any: *La constitucionalización de la prisión preventiva. Tribunales constitucionales contra tribunales penales*, Ideas, enero, 2021. El abuso de las prisiones preventivas dio lugar a sendos estudios para analizar la razonabilidad y proporcionalidad para su debido y prudente ejercicio. En el Perú, el caso de corrupción internacional denominado “Lavajato” dio lugar a una especial polémica durante las investigaciones fiscales y sus resultados.

CANCELA, Celso: *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Publicaciones de la Cátedra Jean Monnet, N° 3, Universidad de Santiago de Compostela, 2001. La *opera prima* del autor que le hizo merecer su grado de doctor durante la época más “romántica” del proceso de integración europeo. Un trabajo que con los años ha precedido varias cuestiones sobre los elementos materiales de constitucionalidad del derecho comunitario.

CANOSA USERA, Raúl: *Constitución y Medio Ambiente*, Jurista Editores, colección: Constitución y Derechos Humanos N° 1, Lima, 2004. Las constituciones modernas se pronuncian sobre la relación del medioambiente con el pleno ejercicio de los derechos humanos, no

se concibe un silencio de reglas y principios sobre la materia. El derecho internacional reconoce al medioambiente ecológicamente equilibrado como derechos humanos de tercera generación.

CARBONEL SÁNCHEZ, Miguel: *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, Palestra Editores, Lima, 2000. El desarrollo de los derechos humanos atraviesa distintas etapas que responden a episodios históricos concretos. La internacionalización de los derechos humanos surgida tras el fin de la Segunda Guerra Mundial fue una etapa de expansión territorial a la cual se ha sumado el aporte de profundidad desde la filosofía del Derecho.

— Democracia y derecho de asociación: apuntes sobre la jurisprudencia interamericana” en *Pensamiento Constitucional*, Año XV, N° 15, pp. 11-25. El sistema democrático demanda la realización de todos los derechos fundamentales, entre ellos la libertad de tránsito, expresión, reunión, asociación y participación política.

CARPIO MARCOS, Edgar: *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías, número nueve, Lima, 2004. El autor logra poner al alcance del lector los criterios de interpretación judicial de los derechos fundamentales que ayuden al abogado, fiscal y jueces en la tarea de decir lo que es la Constitución.

CASTAÑEDA OTSU, Susana: “La Jurisdicción Supranacional” en *Derecho Procesal Constitucional*, volumen II, Jurista editores, 2004, pp. 1025-1066. Un artículo que aborda el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos escrita desde la perspectiva de una magistrada de la Corte Suprema de la República.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “¿Estado convencional de Derecho?” en MOSQUERA MONELOS, Susana (coordinadora): *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, IV Jornadas de sobre Derechos Humanos, Palestra Editores, Lima, 2015, pp. 45-63. Una interrogante que argumenta una precipitación doctrinal respecto del control de convencionalidad que no difiere del ejercicio intelectual para la revisión judicial de la Constitución.

— *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra Editores, Lima, 2007. Un manual que aborda la fundamentación de los derechos humanos y la persona como centro y fin del derecho. El libro se ocupa de explicar la doble dimensión de los derechos y una respuesta a las teorías conflictivistas.

— *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006. Un libro que glosa los artículos del Código Procesal Constitucional interpretando sus alcances y analizando el contenido de las sentencias judiciales a cargo de profesores universitarios.

— ¿Se suspenden o restringen realmente los derechos constitucionales? en ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy (coordinador): *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005, pp. 323-370. Una de las primeras obras colectivas que aborda las novedades del primer Código Procesal Constitucional e inicio del desarrollo jurisprudencial a cargo del máximo intérprete de la Carta de 1993.

— *Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales*, ARA editores, Lima, 2003.

— “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales” en *Revista de Derecho* N° 3, Universidad de Piura, 2002, pp. 25-53.

— “Los derechos humanos: la persona como inicio y fin del derecho” en *Foro jurídico*, Revista de Derecho, N° 7, pp. 27-40; https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1926/Derechos_Humanos_persona_como_inicio_fin_Derecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

CHIRINOS SOTO, Enrique: *La Constitución de 1993*, NERMAN, 1996, Lima. Las disposiciones de la Constitución peruana de 1979 explicadas artículo por artículo y redactada por uno de sus constituyentes, que además fue un reconocido jurista, periodista y político peruano. Un antecedente fue el libro titulado “la Constitución al alcance de todos”, dedicado a la Constitución de 1979 que inicia la etapa de internacionalización de los derechos humanos.

CHESTERTON, C.K: *Breve historia de Inglaterra*, Acantilado, Barcelona, 2005. La tarea de resumir la historia de un país demanda una capacidad de síntesis y tratándose de Inglaterra algunas capacidades adicionales como tratarse de una persona que además de escritor es filósofo y también periodista.

CIANCIARDO, Juan: *El ejercicio regular de los derechos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007. El aporte de los filósofos del derecho para profundizar en el contenido constitucional de los derechos fundamentales, a la luz de una interpretación judicial de la Constitución marca un antes y después en la evolución de la teoría constitucional contemporánea.

— “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensio-

nes y relaciones” en *Estudios de Deusto*, Vol. 66/2, 2018, pp. 47-70. El profesor Juan Cianciardo es, probablemente, el mejor jurista de la región especializado en la aplicación del principio de razonabilidad, en especial cuando brinda solución ante una eventual pérdida de sentido del principio de proporcionalidad mediante el test de razonabilidad al contenido de los derechos humanos. La argumentación jurídica que sustenta sus planteamientos es observada por docentes y operadores judiciales.

CÓRDOVA MEDINA, Pablo Alexander: “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional y procesos constitucionales” en *Gaceta Constitucional*, N° 45, Lima, 2011, pp. 321-332. La labor del máximo intérprete constitucional como señor del proceso permite una aplicación menos rígida con la finalidad de una eficaz protección a los derechos fundamentales, especialmente sensible cuando las libertades básicas se encuentran en juego.

CORREA SALAS, Fernando: “Análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y su impacto en la soberanía nacional de sus miembros” en *Ius et Veritas*, N° 23, Lima, 2001, pp. 21-40. Un tema de actualidad en los años que corren debido a la reciente preocupación selectiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para emitir comunicados a las instituciones políticas de los estados miembros de ideología contraria.

CORZO SOSA, Edgar y SOBERANES DÍEZ, José María: “Alcance en la defensa de los derechos humanos en acciones de inconstitucionalidad” en *Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, N° 45, julio 2011, pp. 13-52. Los procesos de inconstitucionalidad desde el derecho comparado nos invitan a darle un vistazo al instrumento procesal de control concentrado de constitucionalidad.

DE CASTRO CID, Benito. “La Crisis del modelo de la Declaración Universal de 1948” en *Persona y Derecho*, N° 25, Universidad de Navarra, 1991, pp. 9-29. La Declaración Universal surgió con la idea de convertirse en un documento que influya para la redacción de las constituciones nacionales, pero la producción de los pactos de Nueva York, la Convención americana entre otros la convirtieron en un documento de *softlaw*. Un deseo no previsto por sus padres redactores.

DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *Anuario de Derecho Penal*, Université de Freiburg, 2008, págs. 98-99; <http://perso.unifr.ch/derechope->

[nal/assets/files/anuario/an_2008_04.pdf](#) El autor explica que motivar consiste en explicar una fundamentación jurídica para un caso concreto. No sólo es una breve exposición, consiste en la elaboración de un razonamiento que sea lógico.

DIAZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, tomo I, Madrid, Tecnos, 2003. Un clásico en la materia para la enseñanza de las fuentes del derecho internacional público. Los tratados, la recepción del ordenamiento interno, los estados y las organizaciones internacionales.

DICEY, Albert: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, décima edición, Londres, 1982. Un clásico inglés para comprender la diferencia existente entre los conceptos de *Rule of Law* y el *régime administratif* francés.

D'ORS, Álvaro: *Nueva introducción al estudio del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999. Un regalo de obra escrita por el entonces mejor romanista vivo y que tuve la fortuna de conocer y tratar, pero mejor persona en todos los sentidos de la palabra. La definición de la Constitución como pacto de límites al poder político surge a partir de esta obra.

DUMET, David: “*Overruling* o revocación de precedente vinculante por el Tribunal Constitucional” en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Vol. 6, 2005, pp. 283-305. El reconocimiento de los precedentes constitucionales en el Derecho peruano trajo consigo el acompañamiento de instituciones que explican su naturaleza y efectos en los casos concretos. Su incorporación en lengua inglesa fue un aspecto no previsto para un país de clara influencia francesa durante el siglo diecinueve y gran parte del veinte.

DUNANT, Henry: *Recuerdo de Solferino*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2017. Una obra que sensibilizó al mundo respecto a las consecuencias de la guerra y los soldados que pudieron salvar sus vidas con una oportuna atención al final de la batalla y combate. El punto de inflexión que dio origen a la Cruz Roja y Media Luna Roja.

DWORKIN, Ronald: *El derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución norteamericana*, Palestra Editores, Lima, 2019. Es inevitable la referencia a los autores contemporáneos en materia de los derechos fundamentales, a Alexy, Häberle sumamos a Dworkin en la misma lista.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: “El sistema interamericano de protección de los

Derechos Humanos y sus problemas: el retiro del Estado peruano de la competencia de la Corte” en *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 1, 2000, pp. 53-69. Un episodio ocurrido a inicios del nuevo siglo que propuso el retiro a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fuera interrumpida por decisión del gobierno de transición del expresidente Valentín Paniagua.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy: *Código Procesal Constitucional. Proceso Contencioso Administrativo y Derechos del Administrado*, Palestra editores, serie Derechos y Garantías N° 13, Lima, 2004. Un ensayo que aborda el contencioso administrativo desde la perspectiva constitucional. En otras palabras, el estudio de un instrumento procesal desde la óptica del derecho constitucional concretizado.

— (coordinador): *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005. La aprobación del primer código procesal constitucional en el Perú dio lugar a la producción académica de libros y ensayos que desarrollaron una rama independiente del derecho constitucional.

ETO CRUZ, Gerardo: “¿Tienen autonomía procesal los tribunales constitucionales?” en ETO CRUZ, Gerardo: *Constitución y Procesos Constitucionales*, Tomo N° 2, Adrus Editores, Lima, 2013, pp. 335-381. Una pregunta que ahora tiene la respuesta de la academia. El máximo intérprete constitucional goza de autonomía procesal para una eficaz protección a los derechos fundamentales.

— “En tres análisis: el primer código procesal constitucional del mundo. Su *iter* legislativo y sus principios procesales” en PALOMINO MANCHEGO, José (coordinador): *El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Tomo I, Grijley, Lima, 2005, pp. 283-309. Un merecido homenaje al precursor del derecho constitucional peruano como profesión académica y la defensa a los derechos fundamentales. Una obra que tuvo el honor de formar parte con un ensayo sobre la posición de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “Los *overruling* de la jurisprudencia constitucional” en *Foro*, nueva época, N° 3, 2006, pp. 27-92. La revocatoria del precedente constitucional ha sido materia de estudio desde su aparición en el derecho procesal constitucional, además de significar una mayor aproximación al judicialismo.

— “Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos” en *Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Año VII, N.º 6, Huancayo, 1998, pp. 53-137. Las reflexiones sobre los desafíos pasan por la crítica y argumentación jurídica que explique cuándo la persona dejó de ser el centro y único titular de los derechos fundamentales.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *La autonomía universitaria*, Civitas, Madrid, 1982. Los papeles del oficio universitario incluidos en la obra pasan por la obligada referencia a la reflexión intelectual del autor sobre la naturaleza de la autonomía universitaria que significa libertad.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Amnistía y Derechos Humanos, a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos” en *Pensamiento Constitucional*, N.º 18, 2013, pp. 223-241. Uno de los casos emblemáticos del Perú en materia de justicia supranacional, especialmente por contener la aplicación de todas las instituciones procesales incluyendo el allanamiento, reparaciones y otras cargas.

GARCÍA COBIÁN CASTRO, Erika: “La constitucionalización del derecho presupuestario y la protección de los derechos fundamentales: apuntes para la reflexión en el Perú” en *Pensamiento Constitucional* N.º 20, 2015, pp. 161-184. El principio de legalidad y las reglas constitucionales para la aprobación del presupuesto general de la República demanda una especial sensibilidad respecto a la realización de los derechos humanos heteroaplicativos.

GROSS ESPIELL, Héctor: “Los problemas actuales de los Derechos Humanos” en *Derechos Humanos* en *Derechos Humanos*, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1991. La concepción sobre unos derechos de no hacer (civiles y políticos) frente a otros de hacer (económicos, sociales y culturales) que demandan su progresividad, no significa que existan derechos humanos de primera y segunda clase sino el reconocimiento sobre su aplicabilidad y heteroaplicabilidad, respectivamente.

HAKANSSON, Carlos: “La libertad personal, primer derecho fundamental. El habeas corpus, su garantía más longeva” en CRISPIN SÁNCHEZ, Arturo (coordinador): *El derecho penal y procesal penal en la jurisprudencia constitucional*, Gaceta Jurídica, junio, 2021, pp. 9- 23. Un trabajo en la línea de revisar la relevancia de la libertad personal como primer derecho reconocido y su especial sensibilidad respecto al límite que debe tener la aplicación de las prisiones preventivas.

— *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra Editores, Universidad de Piura (colección jurídica), segunda edición, Lima, 2019. Un manual de derecho constitucional peruano con la finalidad de ofrecer una visión clásica de la materia y sus raíces más humanistas. La obra contiene una visión histórica de los textos constitucionales peruanos, el desarrollo de sus principales instituciones, el catálogo de derechos y su defensa supranacional.

HÄBERLE, Peter: *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra Editores, Lima, 2004. Una obra que compila importantes ensayos del jurista alemán seleccionados por el Profesor Domingo García Belaunde. Un libro que me recuerda su visita al Perú a mediados de 2001 donde pude apreciar su habilidad para tocar el piano durante un agradable encuentro de profesores en casa del profesor García Belaunde.

HUERTA, Luis: “El derecho fundamental a la libertad física: reflexiones a partir de la Constitución, el Código Procesal Penal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Derecho PUCP*, N° 65, 2010, pp. 177-209. La experiencia del autor como procurador del Estado en materia constitucional brinda valor a un ensayo que aborda un análisis al contenido de la libertad física.

KRIELE, Martin: *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980. Un clásico que marcha a contracorriente de los manuales de estilo y visión estadista, como centro de referencia para el estudio de cualquier fenómeno político- Una obra que trasmite con claridad los rasgos más clásicos de un gobierno constitucional y sus riesgos.

LANDA ARROYO, César (compilador): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palestra, Lima, 2004. La producción jurisprudencial de la Corte es un clásico de estudio internacional, no sólo para Iberoamérica sino Europa. El control de convencionalidad no tiene una institución homóloga en los sistemas africano y europeo para la protección supranacional de los derechos humanos.

LLANO Alejandro: “La libertad radical” en *San Josemaría y la Universidad*, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2009, pp. 185-203. Los papeles del oficio universitario que añadimos abordan la reflexión sobre la Universidad como máxima obra humana durante la Edad Media para alcanzar el saber superior. Una afirmación provocadora tras acusar erróneamente como oscurantista a esta etapa histórica.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986. Jurista con-

temporáneo de Hans Kelsen, de hecho, ambos fallecieron el mismo año, brindó una visión realista del constitucionalismo, aportando elementos de la ciencia política para explicar los fenómenos político-constitucionales. Es probable que la clasificación “ontológica” que distingue entre las constituciones normativas, nominales y semánticas sea la más difundida en los manuales del derecho constitucional contemporáneo.

MARAVÍ SÚMAR, Milagros: “Los mecanismos de protección de los Derechos Humanos que pone a nuestro alcance el Sistema Interamericano” en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 34, Trujillo, 2002, pp. 1-18. Una vez consolidada la idea que la persona es sujeto de derecho internacional público, afirmación no unánime a finales del Siglo XX, comienza la producción de sendos artículos que destaca el impulso de la Corte Interamericana para la protección de los derechos fundamentales.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Eduardo: “El derecho a la imagen” en *Juris Doctor, Revista Jurídica On-Line*, www.jurisdctor.adv.br/revista/rev-01/art13-01.htm. En una época de redes sociales y aplicaciones en celulares la exposición de las personas en su vida individual y social no toma precaución sobre el uso de las imágenes que tácitamente el autor permite su empleo y comercialización con fines económicos y publicitarios. Una realidad que amenaza la protección al contenido constitucional protegido sobre el derecho a la imagen.

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Jurisprudencia Constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997. Hasta la fecha es el estudio más exhaustivo sobre la real efectividad y aplicabilidad directa de los derechos sociales en la Constitución española de 1978. La revisión exhaustiva a las sentencias del Tribunal Constitucional español avala sus conclusiones respecto a los derechos heteroaplicables y reivindica el sentido de las constituciones.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier: “La historia del mito: a 45 años de Miranda v. Arizona” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 33, 2012, pp. 191-216. Uno de los clásicos estadounidenses que marcó un antes y después en el ejercicio de los protocolos de detención policial a las personas, la cual destaca por garantizar los derechos básicos del detenido: guardar silencio, derecho a la defensa y la comunicación.

MORA SIFUENTES, Francisco: “Ideas de libertad y modelos de derechos fundamentales” en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 28, enero-junio, 2013, pp. 171-210. Un trabajo que aborda una temática que la reforma constitucional a la Carta de Querétaro abordó en el año 2011, lo cual significó la actualización

de principios y reglas para una correcta interpretación judicial de la Constitución.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización” en *Revista IUS ET PRAXIS*, Año 13, N° 2, pp. 245-285. El reconocimiento judicial al derecho a la imagen en ordenamientos constitucionales no previstos expresamente, nos invita a recordar la importancia de reconocer los derechos no enumerados a partir de la dignidad humana que coloca a la persona como centro y fin del derecho.

NUÑEZ ENCABO, Manuel: “Europa y EE.UU.: dos conceptos divergentes de la libertad de expresión” en *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 9, 2008, pp. 461-478. El contenido del artículo recuerda la comparación clásica que Kriele realiza sobre la Declaración francesa de 1789 y el *Bill of Rights* estadounidense de 1791, la filosofía de la libertad versus la jurisdicción de la libertad.

PEREIRA MENAUT: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010. Un estudio a la dimensión histórica, cultural y jurídica del Constitucionalismo británico, escrita como un observador extranjero, pero sin la clásica visión europea continental para explicar las instituciones políticas de Gran Bretaña, con el valor añadido de descubrir siempre algo nuevo con cada repaso o necesidad de volver a sus páginas, especialmente cada vez que inicio el curso de derecho constitucional comparado.

— *Lecciones de Teoría Constitucional*, COLEX, Madrid, 2006. También hemos considerado la cuarta edición, revisada, ampliada y publicada el año 2006 por la misma casa editorial. La edición española del libro *En Defensa de la Constitución*, nombre original de la obra en su primera edición por la editorial EUNSA.

— *En defensa de la Constitución*, Palestra editores, segunda edición peruana, Lima, 2011. Un manual que brinda una visión a la tradición histórica, *common sensical* y anglosajona del constitucionalismo, su origen y significado, fuentes, *rule of law* y *régime administratif*, la separación de poderes, los principales órganos constitucionales, control de constitucional, derechos y libertades. Una advertencia, encontrarán más referencias a los autores británicos y anglosajones que a los juristas procedentes de la escuela positivista.

— *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Edicio-

nes, Santiago de Compostela, 2003. Si bien existe una versión en castellano de esta obra, se trata de uno de los pocos libros escritos de análisis sobre el contenido de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, realizado por un profesor español y anglófilo, en una época de clara observancia y seguimiento constitucional a la Jurisprudencia del Tribunal Federal alemán.

— *Temas de Derecho Constitucional español*, Follas Novas, A Coruña, 1997. Una edición que responde a una visión anti manual que se aparta de ofrecer un conjunto de verdades oficiales respecto a la Constitución española de 1978 que, pese a sus agudas críticas, la reconoce como la más exitosa del constitucionalismo español.

— *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, servicio de publicaciones de la facultad de derecho, Madrid, 1992. Un estudio a la dimensión histórica, cultural y jurídica del Constitucionalismo británico, escrita como un observador extranjero, pero sin la clásica visión europea continental para explicar las instituciones políticas de Gran Bretaña, con el valor añadido de descubrir siempre algo nuevo con cada repaso o necesidad de volver a sus páginas, especialmente cada vez que inicio el curso de derecho constitucional comparado.

PICÓ I JUNOY, Joan: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 1997. Un repaso completo al contenido de los principios del debido proceso judicial, a la luz de la teoría y jurisprudencia española. Cada principio del *due process of law* es materia de un libro independiente, el esfuerzo de síntesis y profundidad del autor ha sido meritorio.

PONZ PIEDRAFITA, F: *Reflexiones sobre el quehacer universitario*, EUNSA, Pamplona, 1988. Un ensayo que suma a la bibliografía empleada para los papeles del oficio universitario dedicado a la Universidad como casa de investigación para alcanzar el saber superior.

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl; PALLARES YABUR, Pedro de Jesús: *Derechos Humanos*, Oxford University Press, Lima, 2011. Un interesante manual para aproximarnos al estudio de los derechos fundamentales, su naturaleza, rasgos y características de los bienes humanos como deberes de justicia de toda persona reconocidos por la comunidad política.

ROSABAL DE ROTH, Ana Lorena: “El Sistema interamericano: De la unión política a la protección internacional de los Derechos Humanos” en *Revista del IIDH*, N° 23, San José (Costa Rica), 1996, pp. 129-150. Una importante relación surgida por la formación

de la comunidad internacional y la defensa de los derechos humanos por órganos supranacionales con competencia contenciosa reconocida por los estados miembros.

ROJO, Nicolás; YOLI, Vanesa: El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal, Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, 2016, Argentina, pág. 8; http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_rojela850.pdf. Los límites constitucionales y legales para aplicar la prisión preventiva pasan por un estudio basado al impacto sobre su racionalidad y proporcionalidad.

SAGÜÉS, Néstor Pedro: *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005. Una de las contadas obras que aborda al poder oculto, el tercero seguido del legislativo y ejecutivo, compuesto por los jueces en su tarea de administrar justicia bajo los principios del debido proceso judicial; probablemente una función más identificada con la autoridad del juzgador que sólo su potestad para juzgar.

— *Teoría de la Constitución*, ASTREA, Buenos Aires, 2001. El Profesor Sagüés se ha desempeñado como magistrado, por eso su manual contiene importante jurisprudencia que enriquece su contenido doctrinal. Una obra que continua el legado del clásico libro de Miller sobre Derecho Constitucional.

— *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, 1998. La experiencia profesional del Profesor Néstor Sagüés como magistrado aporta realismo y sentido común que destaca por su concreción y claridad. Su afirmación respecto a que la interpretación judicial siempre es previsoras de las consecuencias es fruto de la experiencia en el oficio.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *El control de las administraciones públicas*, Tecnos, Madrid, 1991. El marco del *régime administratif* y la autotutela básica de toda administración, conviene recordar la vinculatoriedad directa que toda autoridad, funcionario y persona a los principios y reglas constitucionales.

SCHIDTT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad Textos, Madrid. Como uno de los representantes de la escuela del llamado realismo político. La posición política de Schmitt no lo hicieron popular entre los constitucionalistas más occidentales, pero sus reflexiones y dominio de la teoría constitucional convierten su obra en un clásico.

SCHWABE, Jürgen (compilador): *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal*

Constitucional Federal alemán, Konrad Adenauer, Bogotá, 2003. Una importante relación de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, órgano encargado para el control de constitucionalidad de las leyes en la República Federal de Alemania, también conocido como el Tribunal de Karlsruhe.

SOSA SACIO, José Manuel: “La libertad constitucional. Tres modelos esenciales de libertad y tres derechos de libertad” en *Pensamiento Constitucional*, N° 23, 2018, pp. 184-201. Un sugerente artículo que pone énfasis en la libertad como objeto de estudio del constitucionalismo y la exposición de sus principales manifestaciones, como son la libertad personal, el libre desenvolvimiento de la personalidad y el derecho al bienestar.

STARCK, Christian: *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson-Constitucional, Madrid, 2011. La recepción constitucional de los tratados sobre derechos humanos recoge las reflexiones del Profesor Christian Starck respecto a las relaciones de la justicia constitucional cuando interpreta los derechos humanos.

STITH, Richard: “La prioridad del respeto” en *Revista Persona & Derecho* N° 62, 2010, pp. 181-210. La importancia de reconocer la trascendencia y respeto a la persona humana como ser irremplazable, supone la idea de superar el uso inadecuado de valor que aglutina a todos. La persona es un ser único e irrepetible. Las cosas tienen valor, las personas dignidad.

STUART MILL, John: *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994. Poco se puede decir respecto a un clásico de la política que inspiró y sigue inspirando a otros trabajos contemporáneos. El quicio del constitucionalismo es la comprensión de la libertad y su titular universal: la persona humana.

TENORIO CUETO, Guillermo (coordinador): *La libertad de expresión y sus fronteras contemporáneas*, Editorial Porrúa, Universidad Panamericana, México, 2007. Una obra que compila importantes trabajos y una entrevista imperdible a Noam Chomsky reconocido pensador socialista libertario.

TOLKEIN, JRR: *El Señor de los anillos. La Comunidad del anillo*, Ediciones Mino-tauro, Barcelona, 1999. Si al final de la historia la idea de la libertad y límite al ejercicio del poder no quedan en la retina, es momento de volver a leerla y reflexionar sobre los hobbits y su actitud hacia el poder, a pesar de sus debilidades semejantes a los elfos, enanos y reyes.

TOLLER, Fernando, SERNA, Pedro: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de Derechos*; La Ley, Buenos Aires, 2000. Una interesante propuesta doctrinal que combate las tesis conflictivistas y brinda aires nuevos a la docencia sobre la naturaleza y contenido de los derechos humanos mediante una visión que recuerda a los clásicos.

UCHUYA CARRASCO, Humberto: “Constitución y principios constitucionales” en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, volumen II, págs. 323-346. Una diferencia entre los principios y reglas es que los primeros pueden estar expresamente reconocidos, pero también se develan gracias a la interpretación judicial de las disposiciones constitucionales. Las reglas constitucionales son finitas desde el texto constitucional, pero los principios son infinitos a partir de la interpretación judicial de la Constitución.

Índice tópic

El índice recoge los conceptos que surgieron como referencias, directas e indirectas, durante la labor de redacción y que no aparecen en el índice general de la obra. Un conjunto de conceptos que abordan distintos tópicos como escritores, juristas, personajes y batallas históricas, países, instrumentos internacionales, *leading cases*, instituciones públicas y privadas. Su presencia no fue antojadiza, se explican en el contexto donde aparecen. La razón es entera responsabilidad del autor.

A

Acnur ----- 37 y 217

Act of Settlement (1700) ----- 127

B

Balancing test ----- 53

Batalla de Solferino ----- 39

Bill of Rights (1791) ----- 14, 23, 27, 58, 59, 150 y 266

Blair, Arthur Eric ----- 17

Brandeis, Louis Dembitz ----- 111

C

Carta Magna (1215) ----- 14, 25, 26, 29, 48, 52, 53, 57, 69, 79, 85, 112, 127, 131, 147, 148, 151, 168, 174 y 242

Chesterton ----- 26

Comisión:

» Interamericana de Derechos Humanos ----- 161, 219 y 223

» Nacional de los Derechos Humanos ----- 16 y 65

Constitución:

» Estadounidense (1789) ----- 14, 27, 150, 169, 242

» Española (1978) ----- 45, 59, 61, 62, 73, 84, 92, 99, 125, 171 y 239

» México (1917) ----- 15, 16, 24, 61, 62, 65, 66, 181, 187

» Venezuela (1999) ----- 36 y 169

» Weimar (1919) ----- 14, 24, 61 y 187

Coke, Edward ----- 168

Convención:

» American (1969) ----- 23, 31, 32, 33, 34, 49, 97, 154, 155, 218, 219, 225, 226, 227, 228 y 229

» Ginebra (1951) ----- 38, 40 y 41

Corte Interamericana de Derechos Humanos ----- 28, 34, 45, 46, 68, 97, 98, 103, 106, 107, 122, 126, 128, 137, 151, 172, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227 y 229

Cruz Roja ----- 39 y 40

D

Declaración:

» Independencia americana (1776) ----- 13, 239 y 242

» de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789) ----- 13, 14 y 24

» Universal de los Derechos Humanos (1948) ----- 38, 154, 212 y 239

Democracia ----- 14, 15, 30, 33, 34, 35, 96, 164, 179, 180, 184, 245

Derechos del buen vivir ----- 60 y 91

Díaz, Porfirio ----- 61

Dignidad humana ----- 14, 15, 41, 57, 59, 60, 87, 99, 104, 128, 132, 148, 152, 161, 170, 176, 241, 248, 249 y 253

Due process of law ----- 26, 128 y 148

E

Ecosoc ----- 214

Estado Constitucional de Derecho ----- 16, 28, 29, 92, 93, 96, 104, 107, 135, 136, 138, 140, 141, 142, 148, 150, 152, 161, 165, 250 y 251

Estado de Bienestar ----- 63 y 86

Estatuto de Roma de 1998 ----- 41 y 218

État-providence ----- 86

F

Favor libertatis ----- 43, 44, 97, 99, 101, 104, 106, 160, 251

Favor libertatis ----- 104

Favor libertatis o pro personaje ----- 104

G

Guerra

» Primera Guerra Mundial ----- 40

» Segunda Guerra Mundial ----- 14, 17, 37, 40, 60, 61, 134, 168, 179, 243

H

Habeas corpus ----- 16, 28, 29, 49, 50, 51, 68, 93, 95, 97, 104, 105, 130, 147, 150, 151, 160, 254

Häberle, Peter ----- 119

Henry Dunant ----- 39

Herr des Verfahrens ----- 119

I

Injuncao (mandato) ----- 69

Ius sanguinis ----- 38

Ius Soli ----- 37

J

Judicialismo -----16,85,141,169

Juez Brandeis ----- 111

Juez Marshall ----- 112

L

Ley Fundamental de Bonn (1949) ----- 45,99,125,134,171,179,180,248

Locke, John ----- 103

M

Mandato de injuncao ----- 69

Margaret Thatcher ----- 86

Marshall, Geoffrey ----- 147

McCulloch vs Maryland (1819) ----- 112

Media Luna Roja ----- 40

Montesquieu ----- 103

N

Norma fundamental ----- 16, 28, 60, 74, 75, 97, 193

O

Odictum de Acton ----- 106

Opini3n consultiva ----- 98, 103, 106, 107, 131, 136

Orwell, George ----- 17

Overruling ----- 110, 111, 112

P

Pactos de Nueva York ----- 21, 24, 212

Petition of Rights (1628) ----- 127, 168

Political question ----- 96 y 104

Ponderaci3n ----- 53, 54, 95, 126, 172, 215

Precedentes ----- 16, 27, 64, 78, 109, 110, 113, 114, 115, 128, 136, 141, 150

Proporcionalidad ----- 93, 95, 97, 99, 102, 103, 105, 106, 138, 159, 163, 179, 181, 182, 184, 200, 203, 204, 208, 250

Prospective overruling ----- 111 y 112

Protocolo de Nueva York ----- 38

Provost ----- 147

R

Razonabilidad ----- 93, 95, 97, 99, 102, 103, 105, 106, 138, 159, 179, 181, 200, 250

Referéndum ----- 35, 48, 173, 181, 185, 251

Revolución francesa (1789) ----- 14, 24

Rey Juan Sin Tierra (1215) ----- 14, 25

Roe vs Wade (1973) ----- 244

Rule of Law ----- 132

Runnymede ----- 14

S

Segunda Guerra Mundial ----- 14, 17, 37, 40, 60, 61, 134, 168, 179, 243

Stuart Mill, John ----- 52, 85, 94

Solferino ----- 39

T

Tratado de Ottawa ----- 41

Tribunal Constitucional ----- 28, 29, 30, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 53, 55, 57, 58, 60, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 79, 83, 84, 87, 92, 93, 94, 95, 97, 105, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 133, 138, 141, 142, 150, 151, 152, 156, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 170, 171, 172, 173, 175, 182, 189, 191, 192, 195, 196, 197, 198, 199, 203, 210, 226, 235, 244, 247, 248, 249

U

Un favor processum ----- 109

Unión de Repúblicas Soviéticas ----- 24

V

Vasak, Karel ----- 187

Y

Yatama vs Nicaragua (2005) ----- 34 y 97

W

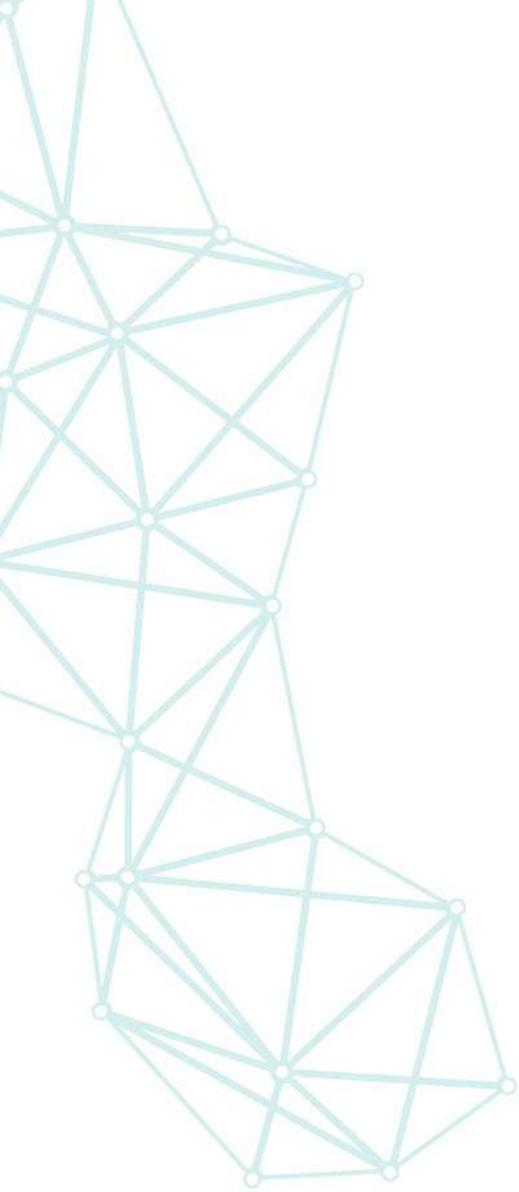
Weimar (Constitución) ----- 14, 24, 61, 187

Welfare State ----- 87

Wilson, Woodrow ----- 111

En defensa de los derechos y libertades
Publicación digital
Puebla, México
2024





CDH
PUEBLA

Instituto de Investigaciones
y Estudios en Materia de
Derechos Humanos
