

DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Manuel Bastos Pinto
Ivar Calixto Peñafiel
Carolina Canales Cama
Humberto Cuno Cruz
Úrsula Indacochea Prevost
Johan León Florián
Andrea Lostaunau Barbieri
Maribel Málaga Alaluna
Ana Neyra Zegarra
Jose Miguel Rojas Bernal
Liliana Salomé Resurrección
Juan Manuel Sosa Sacio
César Zarzosa González

DICCIONARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

Manuel Bastos Pinto
Ivar Calixto Peñafiel
Carolina Canales Cama
Humberto Cuno Cruz
Úrsula Indacochea Prevost
Johan León Florián
Andrea Lostaunau Barbieri
Maribel Málaga Alaluna
Ana Neyra Zegarra
Jose Miguel Rojas Bernal
Liliana Salomé Resurrección
Juan Manuel Sosa Sacio
César Zarzosa González

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
710-0000 • TELÉFAX: 011 2 41 2222
www.gacetaconstitucional.com.pe



**DICCIONARIO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÁNEO**

PRIMERA EDICIÓN
ENERO 2012
3,040 ejemplares

© **Gaceta Jurídica S.A.**

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-00274
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-4113-27-7
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221200023

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Carlos Hidalgo De La Cruz

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú



Constitucionalismo Crítico

MANUEL BASTOS PINTO
IVAR CALIXTO PEÑAFIEL
CAROLINA CANALES CAMA
HUMBERTO CUNO CRUZ
ÚRSULA INDACOCHA PREVOST
JOHAN LEÓN FLORIÁN
ANDREA LOSTAUNAU BARBIERI
MARIBEL MÁLAGA ALALUNA
ANA NEYRA ZEGARRA
JOSE MIGUEL ROJAS BERNAL
LILIANA SALOMÉ RESURRECCIÓN
JUAN MANUEL SOSA SACIO
CÉSAR ZARZOSA GONZÁLEZ

Presentación

“Constitucionalismo Crítico” es una agrupación de jóvenes investigadores, egresados de diferentes universidades, que compartimos un interés común en el estudio del Derecho Constitucional y que buscamos promover una visión diferente de esta rama del Derecho, aproximándonos a ella no desde actitudes dogmatistas o formalistas. A estos efectos, estudiamos y debatimos las nuevas doctrinas y teorías constitucionales, asumiendo también perspectivas críticas respecto de estas.

El objetivo de “Constitucionalismo Crítico” es promover el debate y la investigación teniendo como punto de partida que la Constitución, norma vinculante para los poderes públicos y privados, tiene un contenido garantizado que no se agota en su texto literal, y cuyo ámbito de incidencia no se reduce al uso de los procesos constitucionales. Así considerado, es necesario tener en cuenta que las constituciones contienen principios materiales que subyacen a ellas; asimismo, que sus textos deben ser interpretados para obtener contenido, todo lo cual plantea diversos asuntos vinculados a la reflexión moral y política; marco en el que, por sobre todo, es necesario enfatizar la optimización y la tutela efectiva de los derechos fundamentales, asunto central para la construcción de un Estado Constitucional.

En este contexto, resulta especialmente importante interpretar adecuadamente el Derecho, y en especial la Constitución, contando con elementos (jurisprudenciales, normativos, doctrinarios) idóneos para tal fin. En esto, cumple un rol innegable la argumentación jurídica, que acude a las herramientas del Derecho Constitucional clásico, pero requiere también de la Filosofía del Derecho y otras ramas que trascienden lo estrictamente

jurídico, aportes que “Constitucionalismo Crítico” busca incluir en sus reflexiones y debates.

Es en la línea de este interés común y el deseo de promover un debate del Derecho Constitucional conforme a la perspectiva antes expuesta que “Constitucionalismo Crítico”, con el apoyo de Gaceta Jurídica, presenta ante ustedes el *Diccionario de Derecho Constitucional contemporáneo*.

Este diccionario, como todo documento con esa denominación, incluye definiciones de términos, en esta ocasión términos referidos al Derecho Constitucional desde una visión acorde con la mirada crítica que el grupo propone. Así, términos tradicionales son interpretados desde ópticas distintas y actuales, y se incluyen voces novedosas –muchas veces obviadas o poco conocidas– cuyo conocimiento y difusión resulta necesario hoy, lo cual, en parte, revela la apuesta decidida de nuestra agrupación.

Sin duda se trata de un primer esfuerzo, que no busca sino promover el objetivo de un debate enriquecido y crítico de las instituciones jurídicas y de sus implicancias en el Derecho Constitucional. Esperamos que esta contribución sea una herramienta encaminada a cumplir dicho objetivo.

Constitucionalismo Crítico

Índice por letras

■ A	9	■ L	285
■ B	35	■ M	295
■ C	39	■ N	305
■ D	99	■ O	313
■ E	221	■ P	325
■ F	235	■ R	403
■ G	241	■ S	433
■ I	249	■ T	467
■ J	277	■ U	475
		■ V	477

A

ABORTO

■ Principales posturas en torno al ~

Para Dworkin, en líneas generales, puede identificarse dos posturas en torno al aborto: una posición conservadora y una liberal. La primera se identifica con la protección del derecho a la vida del embrión, la segunda plantea que el aborto se constituiría en un derecho de la mujer a decidir cuándo optar por ejercer la maternidad.

Sin embargo, en ambas posturas antagónicas existen importantes matices. Así, incluso las posiciones más conservadoras, que creen que la ley debería prohibir el aborto, reconocen algunas excepciones; por ejemplo, que el aborto debería permitirse cuando es necesario para salvar la vida de la madre. Esta excepción carecería de consistencia ante cualquier posición que señale que el feto es una persona con derecho a la vida. Otra excepción que admiten las posiciones conservadoras es la viabilidad del aborto cuando se produce una

violación sexual o incesto. Todo esto redundaría en que la posición conservadora no presupone que el feto es una persona con derecho a la vida.

Por otra parte, para la posición liberal, según Dworkin, en primer lugar se rechazaría la concepción de que el aborto no es moralmente problemático, sino al contrario, que este siempre constituye una grave decisión moral; en ese sentido, el aborto no es una decisión trivial o frívola. En segundo lugar el aborto estaría justificado por un conjunto de razones serias, por ejemplo, para salvar la vida de la madre. En tercer lugar, la preocupación de la mujer por sus propios intereses se considera una justificación adecuada al aborto si las consecuencias del nacimiento del niño para la vida de la madre, o la de su familia, van a ser permanentemente graves. Un cuarto componente de la opinión liberal es que no es de incumbencia del gobierno intervenir para evitar abortos, incluso los moralmente no permisibles, pues la cuestión de si un aborto es justificable es algo que, en último término debe de decidir la mujer embarazada.

La regulación constitucional comparada del ~

Respecto al aborto, el Estado puede establecer hasta tres formas de regulación constitucional. La primera es la prohibición absoluta del aborto, según esta, el aborto se considera delito contra la vida humana, por lo tanto es ilegal.

Por otra parte, el Estado también puede considerar al aborto como un Derecho de la mujer embarazada; esta es la opinión del Tribunal Supremo de EE.UU., el cual considera que la mujer embarazada goza de un derecho fundamental como consecuencia de sus derechos de libertad, igualdad e intimidad. Así, en el Caso *Roe vs. Wade*, una mujer con el seudónimo de Jane Roe interpuso un recurso contra el Código Penal tejano que castigaba con pena de cárcel y multa todo aborto, salvo para salvar la vida de la madre.

La Suprema Corte resolvió el caso dividiendo el embarazo en tres periodos de aproximadamente tres meses. En el primer periodo las mujeres gozan del derecho de abortar libremente con el único requisito de obtener el visto bueno de un médico. En el segundo periodo solo se permite abortar cuando se presenta un riesgo para la salud de la madre. En los últimos tres meses se prohíbe el aborto adquiriendo relevancia la potestad de los Estados para proteger la potencial vida humana prohibiéndose todo tipo de aborto, salvo que esté en peligro la vida de la madre. Posteriormente la Corte Suprema, en el caso *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, denegó a los Estados la facultad para conceder

a los maridos poder de veto sobre la decisión de sus esposas de abortar, y también sostuvo que a los padres de niñas menores solteras no se les podía conceder un veto absoluto sobre los abortos.

Por último, el aborto puede ser comprendido como acto antijurídico, que puede ser exonerado de responsabilidad penal en determinados supuestos. Esta es la opinión del Tribunal Constitucional Federal alemán, según el cual la vida es un bien jurídico que tiene que ser tutelado también frente a la libertad de la mujer embarazada; así, la interrupción del embarazo no exige solo una libre elección de la mujer sino también que concurren determinados presupuestos.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por la tercera opción, pues se establece supuestos en que la prohibición general admite excepciones. En el caso peruano tenemos al aborto terapéutico, es decir, la interrupción legal del embarazo solo para salvar la vida de la madre o evitar daño grave y permanente a su salud. Así, en el artículo 119 del Código Penal se establece que: "No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente".

Posturas de distintas religiones en torno al ~

Según la ley judía el feto no es persona y ninguna persona existe hasta

que el niño sale del útero, por lo que en la ley judía el aborto no es asesinato. Sin embargo, el judaísmo sostiene que el aborto es inmoral. En 1975, la convención Bienal de Sinagogas Unidas expresó que los abortos, aunque son graves incluso en las primeras etapas del embarazo, no deben de ser equiparadas con el asesinato. En Israel, puede recurrirse a un aborto legal en determinados supuestos:

- Cuando el embarazo amenaza la vida o la salud física o mental de una mujer;
- cuando la mujer embarazada es menor de 17 años o mayor de 40;
- cuando el embarazo es el resultado de un acto criminal (violación),
- cuando ha habido incesto o relaciones extramaritales, o si hay probabilidad de malformación fetal.

Por su parte, la Iglesia católica romana ha declarado su posición oficial frente al aborto en su "Instrucción sobre el respeto de la vida humana en su origen y sobre la dignidad de la procreación", publicado en 1987 por la Sagrada Congregación del Vaticano para la Doctrina de la Fe. En este importante texto se condena el aborto y se asume la posición de que la vida humana empieza desde la concepción. Así, se señala que: "La Iglesia por su parte, en el Concilio Vaticano II, ha propuesto nuevamente a nuestros contemporáneos su doctrina constante y cierta, según la cual "la vida ya concebida ha de ser salvaguardada con extremos cuidados desde el momento de la concepción. El aborto y el infanticidio son crímenes abominables".

Más recientemente la *Carta de los derechos de la familia*, publicada por la Santa Sede, subrayaba que "la vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción". Posteriormente, en la encíclica de Juan Pablo II *Evangelium Vitae* se reafirmaría la posición sobre la prohibición del aborto, considerándola también como una prohibición de carácter derivado, en vista de que no solo se trataría de una afectación del derecho a la vida de una persona sino que se constituirá también en una ofensa a Dios, así: "La vida pertenece solo a Dios; cuando se pierde el sentido de Dios también el sentido del hombre queda amenazado; no se considera ya la vida como un don espléndido de Dios; excluida la referencia a Dios, no sorprende que el sentido de todas las cosas resulte profundamente deformado".

En el Islam, toda vida es sagrada desde la concepción hasta la muerte. Solo Allah es quien puede determinar cuando la vida debe comenzar y cuando debe de terminar. Así, se señala que: No matareis a vuestros hijos por temor a la pobreza. Nosotros somos quienes les sustentamos y a vosotros también. Matarles es un pecado gravísimo (*El Viaje Nocturno* 17:31).

En la religión hindú el concepto de dharma que se refiere a la ley natural es incompatible con una postura absolutista en torno al aborto. Nepal, el único país que oficialmente ha acogido la religión hindú, se permite la práctica del aborto hasta las doce semanas, en casos de violación o incesto para embarazadas hasta las 18 semanas. Por su parte, en la India

el aborto está legalizado desde 1971 mediante la Ley de Interrupción del embarazo que permite la práctica del aborto hasta la séptima semana.

En el budismo no existe una posición única en torno al aborto. El primer precepto de budismo a menudo se traduce como: “Me comprometo a abstenerme de destruir la vida”. Sin embargo, para esta religión etiquetar al aborto como ‘asesinato’ es absolutista y simplista. El budismo propugna no imponer nuestras opiniones sobre los demás y a sentir compasión por aquellos que se enfrentan situaciones difíciles. Por ello, la consecuencia de hacer al aborto ilegal hace criminales a mujeres que a menudo han pasado por una experiencia traumática. En países como Japón, el aborto no es ni jurídica ni socialmente condenado; otros países como Tailandia, establecen regulaciones respecto a los supuestos donde sería legítima la práctica del aborto.

Postura feminista en torno al ~

Reva Siegel, considera que el aborto es un derecho que aseguraría la maternidad. Así, para la autora, la maternidad ocupa toda la vida de la mujer y la transforma. Lamentablemente de la manera como está organizada la sociedad este rol no es reconocido y valorado adecuadamente; por ello, las mujeres necesitan el control sobre la decisión de convertirse en madres para poder conciliar su compromiso hacia la familia y sus propios planes de vida. Como consecuencia de ello,

no debe de usarse el Derecho Penal para forzar a las mujeres a ser madres.

Por su parte, la profesora Catharine MacKinnon señala que en el caso del aborto se asume como supuesto implícito de que el sexo es controlado significativamente por las mujeres, menos en los casos de incesto o violación, los cuales se constituirían como supuestos de excepción a la norma y, como consecuencia, los únicos casos donde las mujeres no tienen el control y por ende se encuentra justificado el aborto. Según MacKinnon, lo que se obvia en este tipo de situaciones son las relaciones desiguales de género.

~ en el ordenamiento jurídico peruano

En nuestra Constitución Política no existe ninguna disposición que se refiera expresamente al aborto. Sin embargo, conforme lo señala Samuel Abad, para analizar la regulación del aborto en nuestro ordenamiento jurídico se requiere de un análisis sistémico de la Constitución. Así, no puede analizarse aisladamente el artículo que reconoce el derecho a la vida del concebido sino que debe además complementarse con las disposiciones que reconocen el derecho a la vida y la salud de la madre.

En consonancia con ello, el ordenamiento jurídico peruano permite el aborto en el caso en que se ponga en peligro la vida o a la salud de la madre, este tipo de aborto es conocido como aborto terapéutico. Así, el artículo 119 del Código Penal señala que: “No es punible el aborto

practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente". En cuanto a la afectación al derecho a la salud que amerite la interrupción del embarazo, cabe recordar que tal derecho se protege tanto en su dimensión física como psicológica; en este último supuesto, dependiendo del caso, cabría la posibilidad de admitir que en los supuestos de interrupción del embarazo por violación sexual o por incesto puedan ser merecedores de la habilitación dispensada por el artículo 119.

Sin embargo, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico reconoce este derecho, hasta la fecha no existe una adecuada implementación de los protocolos médicos que permitan efectivizar la interrupción del embarazo en los supuestos anteriormente mencionados lo que sin duda se constituye como una grave afectación al derecho a la vida y la salud de las mujeres.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el ~

Uno de los casos más discutidos en la jurisprudencia nacional ha sido el caso "Píldora del día siguiente". Este caso se origina a consecuencia de una demanda de amparo a través de la cual se solicitó de que deje de distribuir la denominada "Píldora del día siguiente" (anticonceptivo oral de emergencia) en todas las entidades públicas, asistenciales,

policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.

El Tribunal determinó, en primer lugar, que no le correspondía zanjar las dudas de la ciencia en torno de cuándo es que comienza la vida humana; sin embargo, que sí debía pronunciarse respecto a las dudas que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora. No obstante lo señalado, en su parte resolutive estableció que "este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser".

En cuanto a la anidación, el Tribunal estableció que en esta no se da el inicio de la vida sino que "[esta] forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio". El Colegiado Constitucional concluyó que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y que, en vista de ello, la denominada "Píldora del día siguiente" afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; afectando así el derecho a la vida del concebido. En consecuencia, se declara fundada el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada "Píldora del día siguiente".

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *Validez constitucional del aborto terapéutico en el ordenamiento jurídico peruano.* Promsex, Lima, 2008.
- **DWORKIN, Ronald.** *El dominio de la vida. Una discusión en torno del aborto, la eutanasia y la libertad individual.* Ariel, Barcelona, 1998.
- **SHAPIRO, Ian.** "El Derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: Una Introducción". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.* N° 31, 2009.
- **SIEGEL, Reva B.** *La dignidad y el debate del aborto.* Documento del SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale School of law, Connecticut, 2009.

ACTO LESIVO

El acto lesivo (también llamado "acto reclamado" o "acto impugnado") es uno de los presupuestos procesales del proceso constitucional de amparo. En efecto, como derivación de su finalidad eminentemente restitutoria, en el proceso de amparo no caben los exámenes detallados sobre la situación jurídica del demandante. Antes bien, tal titularidad del derecho debe estar plenamente acreditada. El otro requisito es, precisamente, la prueba de que el acto vulnerador de ese derecho existe o existió (STC Exp. N° 09949-2005-PA/TC). No hace falta ahondar demasiado para advertir la importancia de identificar correctamente el concreto acto violatorio a efectos de lograr una efectiva reparación del derecho conculcado.

El acto lesivo, en tanto presupuesto del amparo, puede asumir tres modalidades: una acción, una omisión o una

amenaza de violación. En el caso de la omisión, esta debe serlo de un deber de obligatorio cumplimiento (según lo señalado en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional), lo que a primera vista parece estar referido únicamente a autoridades del Estado.

Clásica es, en este punto, la definición jurisprudencial de los tipos de acto lesivo que pueden presentarse en el terreno fáctico. Así por ejemplo, se habla de: a) actos pretéritos; b) actos presentes; c) actos de tracto sucesivo; y, d) actos en expectativa (STC Exp. N° 03283-2003-AA/TC); entre otras clasificaciones de fácil comprensión.

Amenaza de ~ (o amenaza de violación)

Lo que sí entraña alguna dificultad es la definición de "amenaza" de violación. Se trata, desde luego, de una afectación hipotética, que no se deriva directamente de los hechos presentes, sino de una valoración a cargo del juez constitucional. El requisito es que dicha amenaza debe ser "cierta" e "inminente", tal como lo exige el artículo 2 del Código Procesal Constitucional. Es constante la jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que, tratándose de la amenaza, el perjuicio debe ser real (esto es, basado en hechos verdaderos), efectivo (lo que implica que inequívocamente menoscabará algunos de los derechos tutelados), tangible (debe percibirse de manera precisa), concreto e ineludible (pues implica una violación irremediable), por lo que se excluyen "perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva", como es el caso de aquellos

que se derivan del ejercicio regular de un derecho (STC Exp. N° 0477-2002-AA/TC). En suma, la “certeza” se refiere a la posibilidad fáctica y jurídica de que el hecho se produzca; y la “inminencia”, a la cercanía en el tiempo de su ocurrencia (STC Exp. N° 05719-2005-PA/TC).

ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA IMPUGNADA

La actuación inmediata de sentencia (también denominada “ejecución provisional”) es una institución procesal, de aplicación también en los procesos constitucionales, en virtud de la cual el juez de primera instancia puede ordenar la ejecución de su sentencia estimatoria (vale decir, de la obligación de dar, hacer o no hacer que ella ordena) de modo inmediato, aun cuando dicha sentencia haya sido apelada por la parte demandada.

Esta facultad del juez de primer grado tiene una explicación tan evidente como razonable: si el demandante posee, aunque provisoriamente, un derecho cierto y actual cuyo respaldo es una sentencia estimatoria, corresponde que el Derecho actúe de conformidad con ese interés, en lugar de dar prioridad a un derecho incierto, no vigente y simplemente afirmado del demandado, quien solo cuestiona una decisión judicial que le es adversa.

En ese concreto sentido, el telos de la actuación inmediata se vincula directamente con las formas actuales del procesalismo contemporáneo, preocupadas como están estas últimas por otorgar una tutela de urgencia o diferenciada a

las situaciones jurídicas subjetivas que así lo requieran, rescatando el valor instrumental del proceso con relación a los derechos que se buscan proteger, que es también la lógica que está detrás del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en la Constitución.

En el ámbito de los procesos constitucionales, esta institución se encuentra reconocida en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, norma cuyas dudas interpretativas han sido disipadas en la STC Exp. N° 0607-2009-PA/TC (caso Flavio Jhon Lojas). Allí también se han dejado establecidos los presupuestos procesales para que se conceda esta solicitud de actuación inmediata, entre las cuales destacan: a) la proporcionalidad, según la cual la actuación inmediata no debe ser demasiado gravosa para el demandado; b) la irreversibilidad, en cuya virtud se exige (al igual como sucede con las medidas cautelares) que la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse en el futuro; c) exigencia de contracautela (esto es, una garantía para el caso en que, como consecuencia del rechazo de la demanda, tenga que resarcirse al demandado los daños causados), aunque esto solo vale cuando la pretensión tenga un contenido patrimonial, quedando tal apreciación a criterio del juez; d) debe ser otorgado a pedido de parte, y solo excepcionalmente de oficio; entre otros.

ACUERDOS CARENTES DE TEORÍA COMPLETA

Para autores tan importantes como Ronald Dworkin, la forma de resolver cuestiones complicadas de interpretación constitucional, en el marco de

constituciones que incorporan principios morales fuertes, es mediante la apelación a teorías morales completas, abarcativas y coherentes, que indiquen cuál es el sentido constitucionalmente correcto de determinada disposición constitucional. La posibilidad de determinar, a través del estudio de una teoría moral exhaustiva, el sentido correcto de un principio constitucional, se conecta “en Dworkin” con su noción de un juez altamente calificado para llevar a cabo dicha labor (el juez Hércules) y con la tesis de la única respuesta correcta.

Sin embargo, para Cass Sunstein esta forma de interpretación o de solución de los casos constitucionales, en un contexto de marcado desacuerdo sobre la lectura moral de las disposiciones constitucionales, no es en todos los casos la más adecuada. Si bien Sunstein admite que, en determinados casos, el recurso a la elaboración de teorías abstractas lo más completas posibles para resolver un desacuerdo constitucional es lo más adecuado; dada la escasa reflexión con los que se resuelven determinados casos o la fuerte resistencia que muestran ciertas prácticas constitucionales, bastante asentadas pero gravemente injustas, considera necesario contar, en Derecho Constitucional, con acuerdos teorizados de modo incompleto. De acuerdo a Sunstein, los acuerdos carentes de teoría completa pueden producirse y son necesarios en dos niveles: en el nivel de la generalización de principios, sobre los cuales no puede haber acuerdo respecto a su fundamento ni a sus implicancias prácticas (como en el caso de la libertad de expresión), pero sobre los cuales hay el acuerdo suficiente de su carácter como principios fundamentales de la Constitución; y en el nivel de

la aplicación de principios, donde puede existir discrepancia respecto a la teoría moral que sustenta el principio, pero se logra un acuerdo sobre su aplicación a un caso particular, en una circunstancia dada (por ejemplo, el acuerdo respecto a la prohibición de discriminación de los discapacitados en el ámbito laboral).

Los acuerdos carentes de teoría completa son, según Sunstein, acuerdos sobre qué es lo correcto o lo justo en un asunto constitucional, sin haber decidido necesariamente, de modo previo, cuál es la razón fundamental para llegar a dicha conclusión. Puede ser que se ignore la teoría que da fundamento a la decisión o el acuerdo, que se haya decidido guardar silencio sobre la bondad comprensiva de dicha teoría, o que todas las teorías comprensivas involucradas en la solución del caso arrojaban la misma solución, aunque por distintas razones. Aunque Sunstein reconoce que en algunos casos los acuerdos teorizados incompletamente pueden dar lugar a soluciones apresuradas, irreflexivas e incluso extremadamente injustas, por lo que es preciso que dichos acuerdos sean sometidos constantemente a un escrutinio razonado; este autor destaca que dichos acuerdos son altamente adecuados para resolver conflictos en sociedades plurales, no solo por lograr acuerdos efectivos en contextos de gran desacuerdo, sino sobre todo por permitir el disenso respetuoso respecto de los fundamentos últimos de determinada decisión constitucional. De este modo, dichos acuerdos alientan el respeto mutuo, la tolerancia, el debate abierto y plural y la estabilidad de la sociedad, además del avance social, en contextos de limitación institucional, de tiempo y capacidad.

El rescate de las bondades de los acuerdos carentes de teoría completa en Sunstein contrasta, sin embargo, con su inicial posición respecto al carácter del control judicial en una sociedad democrática. Así, este autor en sus primeras obras propugnaba un control judicial amplio y profundo, inspirado por grandes teorías legales y filosóficas, donde el juez más que un aplicador del Derecho debía constituirse en un promotor de la justicia social, sobre todo en contextos de gran injusticia y miseria. Sin embargo, al considerar posteriormente el papel central de la deliberación pública y colectiva en los regímenes democráticos, Sunstein prefirió inclinarse por modelos de control judicial minimalistas, donde el juez dejase de decidir en asuntos fundamentales de Derecho Constitucional que implicaran gran desacuerdo para los ciudadanos. No obstante, en sus últimos trabajos este autor se ha inclinado, en el caso del control judicial de los derechos sociales “de gran relevancia en su obra”, por modelos intermedios como el de la Corte Constitucional de Sudáfrica, desarrollado en el caso *Grootboom* (que combinan la preocupación por la justicia social y el respeto del principio democrático), donde el tribunal sudafricano alcanza un consenso respecto a la violación del derecho a la vivienda (por una desatención absoluta en las políticas públicas dispuestas), pero deja la solución de los medios para resolver el problema de la vivienda (donde más bien no había posibilidad de acuerdo) en manos de la deliberación política (modelo de sentencias de reenvío o dialógicas).

Bibliografía consultada

- **SUNSTEIN, Cass.** *Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional y otros ensayos*. Universidad Icesi, Cali, 2010.

ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL

Ver: Antejudio político, Infracción a la Constitución, Juicio político.

AGUIJÓN SEMÁNTICO

Es un argumento esgrimido por Ronald Dworkin en su libro *El Imperio de la Justicia* (1986), dirigido contra las teorías semánticas del Derecho y, en particular, contra el positivismo jurídico hartiano como su más distinguido representante. El argumento es una impugnación a la conexión conceptual entre la existencia del Derecho y las convenciones sociales que propugna el positivismo moderno y que imposibilita explicar los desacuerdos sobre el Derecho que surgen en la práctica jurídica.

Para explicar esto, Dworkin distingue tres tipos de desacuerdos entre los juristas: desacuerdos sobre cuestiones de hecho, desacuerdos sobre cuestiones de Derecho y desacuerdos sobre cuestiones de moralidad. El primer y tercer tipo de desacuerdos, según el autor, son claros, porque de alguna u otra manera sabemos acerca de qué discuten los jueces y abogados. En el primero, sobre si ocurrieron o no ciertos sucesos fácticos y, en el tercero, sobre lo correcto o incorrecto del Derecho desde algún punto de vista moral. El segundo tipo de desacuerdos, por el contrario, sí es problemático; porque, los operadores jurídicos discuten habitualmente no solo sobre el Derecho aplicable, sino además sobre aquello que determina que un determinado argumento sobre el Derecho sea verdadero o falso.

Esto último, se puede ejemplificar con el conocido caso *Riggs vs. Palmer* de 1889.

El caso trata de un nieto que asesina a su abuelo para acelerar la ejecución del testamento que lo declaraba como su sucesor. Descubierta el crimen, el nieto solicita el goce de la herencia. El dilema que planteaba el caso era si jurídicamente debía o no recibir la herencia. A pesar que, el testamento era válido y que las leyes sucesorias no establecían ninguna causal de exclusión para el sucesor que mate a su testador, el tribunal de New York resolvió, en una decisión dividida, denegar la herencia para el nieto asesino. El sustrato del fallo fue que nadie podía beneficiarse de su propio fraude.

Si el Derecho aplicable al caso era evidente, esto es, las leyes sucesorias eran manifiestas y el testamento cumplía con las formalidades de rigor, sobre qué discutieron entonces los jueces; si no fue acerca de los hechos (asesinato) ni sobre la moralidad de las leyes. Este tipo de controversias es lo que Dworkin refiere que no puede ser esclarecido satisfactoriamente por el positivismo jurídico, sencillamente, porque este toma al Derecho (en sus casos claros de aplicación) como una práctica incontrovertida gobernada por convenciones sociales que definen su significado.

Dworkin explica que la presencia del agujón semántico (*semantic sting*) es la razón del por qué el positivismo jurídico pretende explicar el Derecho a partir de la utilización de criterios que los asume como compartidos por todos los miembros de una comunidad. Según este autor, para el positivismo, la práctica jurídica fija ciertos criterios para determinar el significado correcto de las expresiones jurídicas. Lo que se conoce como Teoría Semántica basada en Criterios. Afirmar que una proposición que describa el

derecho es verdadera o falsa, dependerá de que los operadores jurídicos hayan aplicado los criterios convencionales que establecen sus condiciones de verdad. Si una persona ignora o desestima esos criterios, correrá el serio riesgo de asignar un significado distinto a las expresiones jurídicas y no será un usuario competente del lenguaje.

Los criterios convencionales nos indicarán qué hechos crean Derecho para la comunidad y actuarán de pauta para delimitar lo jurídico de lo no jurídico. En opinión de Dworkin, en el positivismo jurídico existe una opinión convergente de que el derecho está basado en un conjunto de hechos "sociales". Así, en la teoría jurídica de John Austin, por ejemplo, ese hecho social que servía de criterio para identificar el derecho eran los mandatos derivados de un soberano; de igual forma, en Hart el hecho social era la aceptación de una "norma de reconocimiento" que establecía los test para reconocer al derecho válido.

Para las teorías semánticas, entonces, saber cuál es el derecho, está en función del acaecimiento de los hechos sociales establecidos en los criterios convencionales; consecuentemente, las únicas discrepancias sensatas sobre las cuestiones de Derecho serán los llamados "desacuerdos empíricos", es decir, aquellos desacuerdos sobre si han ocurrido o no los hechos indicados en los criterios (los mandatos del soberano o la norma de reconocimiento).

En contextos marginales, cuando la comunidad carezca de convenciones sociales estaremos ante casos jurídicos controvertidos donde no existe un acuerdo sobre cómo resolverlos. Aquí, nos encontraremos a extramuros de una

práctica social acerca del significado del derecho y, por tanto, todos daremos soluciones distintas para un mismo caso; o sea, nos veremos en disputas acerca de los criterios mismos que debemos adoptar. Dworkin denomina a estas disputas sobre los criterios: “Desacuerdos teóricos”. Y en este nivel, según el positivismo jurídico, lo que en realidad se discute es cómo debería ser el Derecho (el deber ser); y, más que identificar algo previo o dado, se asignarán significados discrecionalmente; lo que equivaldría a introducir normas jurídicas nuevas por los jueces.

El problema para Dworkin en *El Imperio de la Justicia*, es que la práctica jurídica nos demuestra que los “desacuerdos teóricos” (desacuerdos criteriológicos) son habituales no solo en los casos controvertidos o casos de penumbra; sino que estos se presentan, incluso, en los casos claros o centrales de aplicación de los criterios convencionales (como sucedió en el caso del nieto asesino) donde supuestamente reina el consenso. La calificación del positivismo jurídico de estos desacuerdos como “desacuerdos imposibles” o de “meras disputas verbales” es una explicación extravagante. Para dar solución a estos desacuerdos teóricos, Dworkin recomienda abandonar estas teorías contaminadas con el aguijón semántico y favorecer una teoría interpretativa del Derecho.

Bibliografía consultada

- **BONORINO, Pablo Raúl.** Dworkin. Lima: Ara Editores, 2010.
- **DWORKIN, Ronald.** El imperio de la justicia. Traducción de Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988.
- **ENDICOTT, Timothy.** Palabras y reglas. México, D.F: Fontamara, 2004.

AMICUS CURIAE

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” puede ser definido como un tercero que comparece a un proceso ajeno, con la finalidad de presentar al juzgador información trascendente para la resolución del caso cuando este reviste un marcado interés público.

La institución del *amicus curiae* constituye una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el Derecho romano, siendo luego incorporada a la práctica judicial de los países del Common Law a comienzos del siglo IX, donde fue concebido como un colaborador interesado en ayudar al tribunal al mejor cumplimiento de sus funciones, ilustrándolo sobre alguna materia jurídica sobre la cual tenía dudas o advirtiéndole de sus errores. Desde allí se ha extendido al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y luego a muchos países de tradición jurídica europeo-continental.

En el Common Law, las primeras intervenciones de estos terceros (*bystanders*) aparecen citadas en los *yearbooks* de las cortes inglesas, en las que cumplieron la función de advertir al juez sobre temas diversos, como la presencia de errores manifiestos, la muerte de alguna de las partes, o la existencia de normas específicas para la solución del caso, actuando incluso en defensa de intereses de menores. Sin embargo, la autorización para participar como *amicus curiae* se concebía como una cuestión de gracia y no como un derecho, por lo que inicialmente no se precisaba los alcances de esta figura y las circunstancias que permitían su utilización.

Luego, el *amicus curiae* se difundió en el escenario norteamericano, a partir

de la primera intervención del Attorney General en una causa tramitada en el año 1912, presentando un informe “a manera de sugerencia” ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Más adelante, a partir de 1930, diversas organizaciones privadas aparecían actuando en las cortes bajo esta figura, aunque no precisamente como sus colaboradores, sino abogando abiertamente por los intereses de un grupo o colectivo interesado, que deseaba apoyar la posición de una de las partes del litigio. De este modo, aparecieron en escena –además de las diversas agencias estatales y representantes del gobierno que ya venían actuando como *amicus curiae*– los sindicatos, las confederaciones y las organizaciones profesionales u ocupacionales, así como las iglesias, cuerpos religiosos, y asociaciones privadas dedicadas a la defensa de intereses públicos no estatales, como los derechos de las minorías negra y judía, los pacifistas, los defensores de los derechos civiles, entre otros. Esta neutralidad inicial que revestía la intervención del *amicus curiae*, fue abandonada paulatinamente en el Derecho norteamericano, donde en la actualidad se le considera más bien como un tercero interesado y comprometido con el resultado de la controversia, lo cual, lejos de restarle utilidad, ha generado la aprobación de reglas procesales buscando dotar de transparencia su actuación.

Con todo, la importancia de los aportes realizados a través del *amicus curiae* cuando se discuten asuntos que afectan a la sociedad en su conjunto, ha llevado a la doctrina a resaltar su carácter participativo y a considerarlo un instituto de matiz democrático, que, además de proporcionar al juzgador información

relevante, lo ayuda a identificar el carácter público de la disputa, los diversos valores involucrados en la decisión, la toma de posición de los grupos interesados, el impacto social o económico del fallo, y la manera en que caso particular aparece inserto en el marco de una política estatal mucho más amplia.

La intervención del *amicus curiae* se materializa en la presentación de un informe, en el cual se incorpora información fáctica o jurídica relevante, como datos estadísticos, legislación y jurisprudencia comparadas. También llama la atención sobre pronunciamientos previos que ha realizado el juzgador sobre la misma materia, o pone de manifiesto la posición adoptada por los organismos internacionales especializados en la materia discutida.

Bibliografía consultada

- **ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian.** “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el Derecho argentino”. En: AA.VV. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- **ANGELL, Ernest.** “The *Amicus Curiae*: American Development of English Institutions”. En: *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 16, N° 04, octubre de 1967.
- **KRISLOV, Samuel.** “The *Amicus Curiae* Brief: From Friendship to Advocacy”. En: *The Yale Law Journal*. Vol. 72, N° 4, marzo de 1963.
- **SPRIGGS, James F. y WAHLBECK, Paul J.** “*Amicus curiae* and the Role of Information at the Supreme Court”. En: *Political Research Quarterly*. N° 50, 2, junio de 1997.

AMNISTÍA

■ Desarrollo histórico de la ~

La palabra amnistía tiene su origen en la palabra griega *amnestia*, que significa olvido. En el 404 a.C., después de que los espartanos derrotaron a los atenienses en la Guerra del Peloponeso, los primeros implementaron un gobierno opresivo que desencadenó un alzamiento ateniense, quienes a la postre lograron recobrar su independencia. Sin embargo, las sucesivas guerras habían provocado serias fracturas en la sociedad ateniense, lo cual generó que se arribe a un acuerdo que contemplaba la persecución de distintos delitos como el asesinato y la amnistía para otros actos relacionados con la guerra. También en el tratado de Paz de Westfalia se contempló en el artículo II el otorgamiento de amnistía.

Para muchos tratadistas la amnistía y el olvido pudieron haber sido utilizados como sinónimos o, con mayor precisión, la amnistía era utilizada como olvido en un contexto de guerra. Posteriormente, las amnistías se verían plasmadas en tratados de paz, acuerdos políticos luego de guerras civiles, y en los textos constitucionales. En los últimos 25 años se ha notado una mayor cantidad de leyes de amnistía en América Latina y en África, producto de las transiciones de gobiernos autoritarios a gobiernos democráticos. Ello, en gran medida se debe a que las leyes de amnistía eran generalmente consideradas como una medida aceptable. Sin embargo, la autorizada jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos ha provocado un cambio en esa concepción, limitando la aplicación de las leyes de amnistía a los hechos que se constituyen como violaciones a los derechos humanos.

■ Definición de ~

Según Domingo García Belaunde la amnistía es el poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones de cierta clase, aboliendo los procesos comenzados o que deban comenzar, o bien las condenas pronunciadas por tales delitos. Desde este punto de vista, la amnistía, de carácter general, es un atributo del Estado.

■ Marco constitucional de la ~

En el artículo 102, inciso 6 de la Constitución se establece como una atribución del Congreso el ejercicio de otorgar amnistías. Asimismo, se establece en el artículo 139, inciso 13 -referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional- la prohibición de revivir procesos fenecidos, considerando dentro de ellos a la amnistía, que tiene los mismos efectos que la cosa juzgada.

Desde una óptica de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos, la amnistía solo cabría para los casos de exiliados, presos o sentenciados por hechos de intencionalidad política o de objeción de conciencia, excluyéndose claramente el otorgamiento de amnistía por delitos que atenten contra bienes jurídicos tales como, por ejemplo, el derecho a la vida.

Prohibición de otorgar leyes de ~ por violaciones a los derechos humanos

Un importante precedente para el Perú y los países de América Latina fue el cuestionamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de las leyes peruanas de amnistía. Las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 exoneraban de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones.

Como consecuencia de la aplicación de estas leyes, se liberó a ocho miembros del Ejército involucrados en los casos Barrios Altos y la Cantuta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía dictadas por el Estado peruano son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que impedían la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de violaciones a los derechos humanos. La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención, constituye per se una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado.

Posteriormente, ante la consulta formulada por la Comisión interamericana para determinar el alcance de la sentencia recaída en el caso Barrios Altos, la Corte se pronunció señalando que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N°s 26479 y 26492, lo resuelto

en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales.

Bibliografía consultada

- **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: AA.VV. *Constitucionalismo y derechos humanos*. Biblioteca Peruana de Derechos Humanos, Lima, 2002.
- **O'SHEA, Andreas.** *Amnesty for crime in international law and practice*. Kluwer Law International, Leiden, 2004.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

El Análisis Económico del Derecho (AED) hace referencia tanto a una forma específica de análisis (descriptivo y prescriptivo) de determinadas instituciones jurídicas como a la escuela o corriente de pensamiento que propugna dicha forma de análisis. Suele distinguirse entre el análisis económico "viejo" y el "nuevo" análisis económico; el primero se aplicaba (desde las décadas de los años veinte y treinta del siglo pasado) al examen de determinados sectores del Derecho que tenían objetivos económicos específicos (como el Derecho *antitrust* y de competencia), mientras que el segundo surge a partir de la década de los años sesenta del pasado siglo (con el Teorema de Coase), manifestando fuertes pretensiones explicativas y normativas, sobre el origen de las normas jurídicas y el "deber ser" de estas, llegando a constituirse como una verdadera teoría del Derecho.

Aunque no puede postularse la idea de una escuela uniforme de Análisis Económico, dadas las grandes diferencias

entre los académicos que destacan la importancia del factor económico en el análisis jurídico (sobre todo las existentes entre Richard Posner y Guido Calabresi, dos de los más importantes representantes del Análisis Económico), esta corriente ha puesto en el centro del debate académico (principalmente en Estados Unidos) el papel que juega la eficiencia económica en el mundo del Derecho, así como en el propio ámbito de la justicia y los derechos. Una primera interpretación vino de la mano del análisis que Ronald Coase hizo del problema de las externalidades en el mundo económico y el lugar que ocupaba el Derecho en su solución. Para Coase, cuando una actividad económica produce sobre terceros un efecto perjudicial, el asunto no radica en prohibir la actividad, asignar responsabilidad al culpable o imponer algún impuesto como contraprestación (que son las soluciones que suele ofrecer el Derecho), sino en evaluar si la ganancia de prevenir el daño es mayor que la pérdida sufrida como consecuencia de parar la acción del agente económico. Es decir, se trata no solo de un tema de protección de derechos, sino de eficiencia económica del sistema. Dicha eficiencia para Coase depende de la liberalización de costes de transacción y de la asignación de derechos que el sistema jurídico haga a aquella parte que le otorgue más valor.

El AED nace pues de la propuesta de Coase por ajustar el Derecho a las exigencias utilitaristas de eficiencia económica. Aunque el utilitarismo se había sostenido en el principio paretiano de optimalidad, de acuerdo al cual una situación es eficiente si al momento de efectuar un movimiento de asignación de recursos o de producción una persona mejora su situación y ninguna persona

empeora la suya, posteriormente y vistos los problemas de comparación interpersonal de utilidades (que llevaban a un impracticable consentimiento de todas las personas involucradas en la asignación de recursos), se llega a plantear el criterio de Kaldor-Hicks, según el cual una situación es eficiente no si nadie empeora producto del movimiento de asignación de recursos, sino si los que ganan tienen, como consecuencia de su mejora, la capacidad de compensar a los que pierden. En este nuevo criterio utilitarista no importa, sin embargo, si existe efectivamente una compensación, sino que basta con que esté presente dicha posibilidad. A este criterio se le ha llamado también de "superioridad paretiana potencial" y se funda en la suposición de una "compensación *ex ante*", donde los perdedores asumen los costes de los movimientos de asignación de recursos siempre que aumente la utilidad global. Este nuevo criterio lleva, sin embargo, a la asunción de un mero principio de "maximización de la riqueza" como criterio de eficiencia, el cual, no obstante su simplicidad, sería adoptado por Posner y otros profesores del nuevo AED, no solo como método de explicación de ciertas instituciones jurídicas o como canon de decisión para ciertos sectores del ordenamiento jurídico con objetivos económicos específicos, sino como criterio normativo o prescriptivo que debía inspirar todo el Derecho (decisiones legislativas y jurisprudenciales), además de las decisiones sociales sobre la justicia básica de la sociedad y los derechos.

De esta manera, la riqueza pasa a ser, para el Análisis Económico, un valor social que debe ser promocionado por el Derecho, al margen e incluso por encima de otros valores como la justicia.

Ello debido a que, incluso cuando Posner reconoce que la riqueza es valiosa porque promueve otros fines sociales (como los valores protestantes y liberales del respeto por la elección individual, la libertad económica y las virtudes convencionales de cumplir las promesas y decir la verdad); estos son tratados, a su vez, como condiciones necesarias para el logro de la máxima eficiencia social, y el “aumento del tamaño del pastel” coincide finalmente “en la óptica de Posner” con el valor que es más respetado y procurado por la clase dominante de la sociedad, que es la que permite, al fin y al cabo, la “maximización de la riqueza” querida por el AED.

■ Corriente moderada del ~

Contra la pretensión de colocar a la riqueza en el “reino de los fines” (como un valor querido por sí mismo), y de situarla como parámetro de explicación y normación de todo el mundo jurídico (al punto incluso de llegar a explicar la abolición de la esclavitud en términos de eficiencia económica, como resultado del incremento de valor económico para los esclavos de su libertad), surgió un movimiento o corriente “moderada” de Análisis Económico, representada básicamente por Guido Calabresi. Las tesis de Calabresi pueden resumirse del modo siguiente: i) el *common law* no ha obedecido, ni inconscientemente, como una ley histórica, al criterio de eficiencia posneriano, pues aun cuando algunas instituciones puedan explicarse con base en motivaciones económicas, este representa solo un factor, solo una forma de ver las cosas, “una vista a la Catedral”; ii) el AED posneriano no es, como pretende, ni descriptiva

ni normativamente neutro, dado que la supuesta aceptación de los perdedores de los costes de las transacciones en procura de la mayor utilidad social o riqueza solo lo es cuando previamente se ha ponderado que los perjuicios de dejar las cosas al intercambio libre (sin regulaciones ni compensaciones) son pocos en comparación a las ganancias que se pueden obtener de dichas transacciones, decisión que por lo demás es producto de un acuerdo social determinado y no de la aplicación de una supuesta ley de “aceptación *ex ante*”; iii) la “maximización de la riqueza” como criterio para orientar la asignación de derechos por el ordenamiento jurídico (a aquel que los valora más en un mercado libre) no es correcto, desde que la valoración de los bienes y derechos por la persona depende de su posición social y de la asignación o reconocimiento previo de dichos derechos por el ordenamiento jurídico; iv) la “maximización de la riqueza” sin ningún mecanismo de distribución justo no puede considerarse un valor ni, por tanto, un objetivo del Derecho o de una sociedad justa; v) la eficiencia económica, sin embargo, puede perseguirse como instrumento para el logro de la justicia, junto con la distribución; es decir que entre ambos (eficiencia y distribución o equidad) pueden haber transacciones siempre que hagan posible el logro de la justicia: la eficiencia económica, entendida como incremento de riqueza, siempre que se respeten ciertos derechos y principios de justicia procedimental, puede ser un ingrediente de la justicia (sustantiva), dado que el ahorro en un contexto de escasez de recursos (eficiencia), y por

tanto, un mayor volumen de riqueza permiten la satisfacción de necesidades básicas de quienes están bajo un umbral mínimo.

Bibliografía consultada

- **HIERRO, Liborio.** *Justicia, igualdad y eficiencia.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ANALOGÍA JURÍDICA

Ver: Integración jurídica.

ANTEJUICIO POLÍTICO

En Francia, cuando se elaboró la Constitución de 1791, y se quiso crear una forma de exigir responsabilidad a los altos funcionarios del Estado, no se llegó a reproducir íntegramente la figura del *impeachment* inglés, básicamente por dos razones: i) por el respeto al principio de separación de poderes (muy presente en el escenario constituyente francés de ese momento), que exigía que el juzgamiento de los delitos solo sea ventilada por los tribunales; y ii) por la existencia de una Cámara única en la Asamblea Nacional francesa, que impedía que los funcionarios sean juzgados como en Inglaterra por una Cámara Alta. Producto de dichas circunstancias históricas, el modelo inglés solo se reprodujo parcialmente, y la acusación de los altos funcionarios del Estado, por graves atentados contra la Constitución, sí correspondería a la Asamblea Nacional, como una suerte de antesala, pero el juzgamiento debía ser realizado por una Alta Corte Nacional, creada especialmente para tal efecto. Este modelo se trasladaría a España, donde se adoptó

en la Constitución gaditana de 1812, en la cual adquiriría todas las señas del lenguaje y el procedimiento que serían luego acogidos en el resto de países de Europa continental y en el nuestro, durante toda nuestra historia constitucional (invariablemente desde la Constitución de 1828 hasta la de 1979).

En España, las Cortes Generales debían hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Rey, por delitos o infracciones a la Constitución, decretando que había lugar a la formación de causa, suspendiendo al funcionario y remitiendo la causa al Tribunal Supremo de Justicia, quien debía sustanciarla con arreglo a ley. Con la única diferencia del número de funcionarios incluidos en este mecanismo de responsabilidad, esta fórmula indica, en líneas generales, cómo funciona actualmente el antejuicio político en Europa y en nuestro país (para el caso de los delitos de función). La diferencia con el juicio político radica, en que en el antejuicio el juzgamiento no se efectúa por el propio Parlamento, sino por un tribunal de justicia. Esta variante no carece de relevancia, pues el juzgamiento, al estar encargado en un órgano jurisdiccional, adquiere una estructura y naturaleza estrictamente jurídica (penal), distinta a la naturaleza política que tiene el juicio llevado a cabo en un Parlamento.

No obstante, el hecho de que la facultad de acusar ante el Supremo Tribunal de Justicia permanezca en el Parlamento parece incorporar un elemento político en el mecanismo de responsabilidad. Las posturas acerca del objeto y fundamento de esta antesala parlamentaria son diversas. En un inicio, la justificación de un "antejuicio" parecía estar en el rol del Parlamento como órgano encargado

de garantizar la continuidad constitucional del sistema político y en su poder para conseguir el juzgamiento de los ministros del Rey, con lo cual su labor se asemejaba a la de un “órgano instructor” de la causa, que buscaba hacer efectiva la responsabilidad del ministro. Por otro lado, hay quienes, contrariamente a la postura anterior, han encontrado el fundamento de esta antesala en la necesidad de preservar la estabilidad del régimen de gobierno, condicionando la acción de la justicia ordinaria a la previa aprobación de la acusación por el Parlamento. En esta tesis, el antejuicio sería simplemente, al igual que en la inmunidad parlamentaria, un mecanismo parlamentario para prevenir la motivación política en la denuncia realizada contra un funcionario. Como se ha dicho con acierto, el antejuicio político ha pasado de ser un arma de la colectividad (representada en el Parlamento) contra el poder del gobierno a una garantía del poder político frente a la justicia ordinaria.

En el contexto de una democracia de partidos, donde el Parlamento acusa o deja de acusar a los miembros del gobierno, de acuerdo al color político de la mayoría parlamentaria, el mecanismo de un antejuicio, como forma de hacer efectiva la responsabilidad de un alto funcionario, o incluso, como forma de evitar la manipulación política de las denuncias penales, parece estar perdiendo asidero. En Francia e Italia, por ejemplo, a raíz de la inoperancia mostrada por sus respectivos parlamentos a la hora de hacer efectiva la responsabilidad de los miembros del gobierno, envueltos en la comisión de graves delitos, se produjeron importantes reformas (en 1993 y 1989, respectivamente) que llevaron a la supresión, en un caso, y a la limitación, en otro, de

la antesala parlamentaria como requisito para proceder al enjuiciamiento penal de un miembro del gobierno. Así, la calificación y sustanciación de las causas penales en estos países quedaría en manos de órganos especializados de la judicatura, que debían tener en cuenta criterios jurídico-penales para el procesamiento y juzgamiento de las inconductas de los altos funcionarios del Estado.

No obstante dichos cambios, en estos países aún quedan rezagos de “justicia política”: como la conformación parcialmente política de la Alta Corte Nacional encargada de juzgar los delitos funcionales en Francia o la evaluación realizada por las Cámaras en Italia de la presencia de un interés público constitucionalmente relevante en la comisión del ilícito penal, lo que puede permitir la no acusación del funcionario estatal (una suerte de razón de Estado que será evaluada por el Parlamento, en el seno del antejuicio). Dichos elementos parecen advertir de un problema aún irresoluble en la dogmática constitucional de la responsabilidad de los altos funcionarios estatales: el de si se debe asumir que la mezcla de elementos políticos y jurídicos en estos mecanismos es producto de una cierta inercia en la evolución constitucional, la cual debe ser superada para pasar a una clara separación de los ámbitos de responsabilidad penal y política; o si, por el contrario, es necesario entender que indefectiblemente la responsabilidad penal de los altos funcionarios va a estar acompañada de elementos políticos que es preciso valorar a la hora de proceder a acusar y juzgar en este tipo de delitos, en el intento de preservar un margen más amplio de acción a estos altos funcionarios estatales. En la solución de este dilema –como se ha

anotado en la doctrina más reciente en el ámbito europeo— se encuentra la clave para alegar por la supresión definitiva o por la continuidad del antejuicio como forma adecuada de exigir responsabilidad a los altos funcionarios del Estado.

Bibliografía consultada

- **DÍEZ-PICAZO, L. M.** *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica, Barcelona, 2000.
 - **GARCÍA MAHAMUT, Rosario.** *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*. Tecnos, Madrid, 2000.
 - **VOLPI, Mauro.** “Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un’analisi comparata”. En: *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Francisco Fernández Segado (Editor), Dykinson, Madrid, 2003.
- ▶ **Voces relacionadas:** Juicio político

ANTINOMIA JURÍDICA

Una antinomia jurídica es una contradicción normativa que se produce cuando el ordenamiento jurídico imputa, a las mismas condiciones fácticas, dos consecuencias jurídicas incompatibles entre sí, de manera que ante una acción o un estado de cosas determinado es posible identificar dos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente, ya que de observar una de ellas se estaría incumpliendo con la otra (por ejemplo, una norma que prohíbe lo que otra manda, o una que permite no hacer lo que la otra ordena). De esta manera, se considera que el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que otorga dos soluciones diferentes u opuestas para un mismo caso concreto.

En este punto, es necesario realizar una precisión: las antinomias no suponen

una contradicción en el nivel de los enunciados de las normas, sino más bien en el nivel de las proposiciones que se obtienen luego de interpretarlas (es decir, en sus sentidos interpretativos). En otras palabras, una antinomia presupone una interpretación ya realizada, lo cual tiene consecuencias importantes, pues en muchos casos, podría ser evitada mediante la búsqueda de proposiciones que eviten la contradicción.

En esa línea, suele distinguirse entre antinomias reales y antinomias aparentes: las primeras presuponen la existencia de dos normas válidas que pertenezcan a un mismo ordenamiento jurídico y cuya solución se encuentra resolviendo un problema de invalidez de alguna de ellas; mientras que en las antinomias aparentes no existen dos normas válidas, sino únicamente una y, como consecuencia de ello, tales antinomias se resuelven fácilmente mediante la interpretación jurídica.

Sin perjuicio de ello, la existencia de antinomias no es algo extraño ni poco frecuente. Como se ha señalado, solemos creer que el ordenamiento jurídico es un sistema consistente, como si todas las normas que lo integran hubiesen sido dictadas por un mismo legislador omnisciente, capaz de identificar cualquier riesgo de contradicción normativa, con el objeto de evitarla, cuando lo cierto es que el Derecho es un producto de sucesivos actos de producción normativa que se dan en el tiempo, por un legislador que no es absolutamente racional, y que responde a intereses e ideologías muy diversas.

No obstante, el propio sistema jurídico provee los mecanismos para la eliminación de antinomias, por ejemplo,

mediante la aplicación de reglas metodológicas de precedencia tales como el principio cronológico, el principio de jerarquía o el principio de especialidad. Sin embargo, tales mecanismos se muestran insuficientes cuando la contradicción –sea real o aparente– se produce entre dos proposiciones normativas que tienen una estructura de principios, lo que suele ocurrir cuando se trata de derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos, que requieren ser eliminados mediante otros mecanismos, como por ejemplo, la ponderación.

Bibliografía consultada

- **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso.** *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- **GUASTINI, Riccardo.** *Estudios sobre la interpretación jurídica.* Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Segunda edición, México, Porrúa, 2000.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”. En: *Diritti & Questioni pubbliche*. Nº 2, agosto de 2002.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Algunas personas piensan que los argumentos son desagradables e inútiles, pues consideran que argumentar es, simplemente, exponer sus prejuicios bajo una nueva forma. Sin embargo, argumentar no es simplemente exponer nuestras ideas, opiniones o creencias teóricas o prácticas, sino más bien fundamentarlas, dar razones a favor de ellas. Muchas personas invitadas a

argumentar a favor de sus opiniones respecto a determinada cuestión transcriben elaboradas afirmaciones de sus opiniones, pero no ofrecen ninguna auténtica razón para pensar que sus propias opiniones son las correctas. Escriben un ensayo, pero no un argumento. Este es un error natural. Se pone el acento en el aprendizaje de cuestiones que son totalmente claras e incontrovertidas.

Argumentar, entonces, significa ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión. En este sentido, los argumentos no son inútiles, son en efecto esenciales. En el Derecho “cabría decir, en la argumentación jurídica” hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando proceden de órganos públicos) puedan presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones. De manera que, si esto es así, bien podría decirse que la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad.

La argumentación jurídica está vinculada a la racionalidad. Ahora bien, para que ello sea así, el proceso argumentativo (el proceso de fundamentación) presupone una cierta actitud crítica. Esta actitud crítica puede concretarse en la aceptación de las dos siguientes tesis: no todas las creencias u opiniones valen lo mismo porque no todas están igualmente fundamentadas; y no todas nuestras intuiciones (opiniones o creencias) son susceptibles de convertirse en conclusiones, porque no todas son fundamentables.

En el debate que presupone la dimensión social de la argumentación es fácil

detectar que hay momentos en los que predomina la referida actitud crítica y donde la finalidad del proceso argumentativo es centralmente la evaluación de los fundamentos en juego y hay momentos en los que predomina la confrontación y, por lo tanto, también la pretensión de vencer frente a la evaluación de los fundamentos. En este sentido, la teoría de la argumentación inevitablemente tiene que lidiar siempre con la tensión existente entre argumentaciones válidas (vinculadas a una actitud crítica y orientadas al esclarecimiento) y argumentaciones eficaces (vinculadas a una actitud estratégica y orientadas al fin de la victoria). Es evidente, por ello, que se deben desarrollar los propios argumentos de una manera cuidadosa y completa, pero también se tiene que desarrollar cuidadosamente y en detalle los posibles argumentos de las otras partes, si bien de un modo no tan completo como los propios. Ello permitirá que afloren posibilidades que ni siquiera se nos hubiera ocurrido de no habernos detenido a analizar en detalle los argumentos que hay detrás de la objeción.

El estudio de la argumentación jurídica adquiere una creciente importancia desde mediados del siglo XX, en que se empieza a contraponer los desarrollos teóricos de la lógica deóntica frente al estudio de los argumentos. Esta última tendencia recogió y renovó los enfoques de la dialéctica y la tópica, de la retórica y de la estructura de los argumentos; formulándose y discutiéndose teorías que aportan importantes elementos a lo que luego configurará la teoría estándar de la argumentación. Con la tópica aplicada a la jurisprudencia se ha hecho énfasis en el razonamiento con base en problemas (Viehweg); con la (nueva) retórica se ha

examinado al auditorio como estándar de racionalidad del discurso, en tanto este genere convencimiento en aquel (Perelman); con el enfoque (pragma-) dialéctico se han desagregado los procesos de la discusión crítica en los pasos de confrontación, apertura, argumentación y cierre (Van Eemeren, Grootendorst, Snoeck); con la estructura de los argumentos se busca reformar el papel de la lógica para vincularla con la argumentación práctica, vinculando la pretensión con los datos a través de reglas de inferencia (Toulmin);

En general, las formulaciones y teorías de la argumentación jurídica asumieron como punto de partida común la insuficiencia de la lógica para dar respuesta a los problemas jurídicos. Esto debido a una pluralidad de factores: el lenguaje jurídico es vago, las normas jurídicas constantemente entran en conflicto, los sistemas jurídicos no siempre tienen respuestas para la solución de casos, es posible –e incluso exigible, en ciertos casos– que la solución sea contraria al texto normativo, etc.

Bibliografía consultada

- **AGUILÓ REGLA, Josep.** *Sobre Derecho y argumentación*. Leonard Muntaner, Palma (Mallorca), 2008.
- **ALEXY, Robert.** *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Palestra, Lima, 2010.
- **ATIENZA, Manuel.** *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006.
- **WESTON, Anthony.** *Las Claves de la Argumentación*. Décima edición, Ariel, Barcelona, 2005.

ASILO

■ Desarrollo histórico del ~

El asilo tuvo su origen en Grecia; esta institución se inició como protección religiosa para las personas que eran objeto de una persecución, generalmente por razones políticas. Posteriormente, con la expansión del catolicismo, Leo Vigildo, rey de los godos, respetó el asilo de su hijo, San Hermenegildo, quien se refugió en una iglesia de Sevilla tras rebelarse contra su padre. Sin embargo, luego el asilo sería comprendido como una institución jurídica humanitaria, tal como fue regulado en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X.

Posteriormente, el asilo político fue constantemente empleado durante el desarrollo de la Guerra Civil española, así, el gobierno republicano permitió que entre 10.000 y 15.000 personas obtuviesen protección y refugio en las representaciones extranjeras. Sin embargo, esta práctica no contribuyó a la universalización del derecho de asilo diplomático, pero sí a su confirmación en el ámbito iberoamericano.

Sobre este aspecto, según Daniel O'Donnell, el asilo puede considerarse una contribución de América Latina. Así, en el artículo 16 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 se dispuso que: "El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos". Posteriormente, en el artículo 4 del Acuerdo sobre Extradición de 1911 se estableció que: "No se acordará la extradición de ningún prófugo político criminal si el hecho por el cual

se pide se considera en el Estado requerido como delito político o hecho conexo con él (...)".

La Convención sobre asilo diplomático de 1954 establece que: "Todo Estado tiene derecho a conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega (art. II)". La Convención sobre asilo territorial de Caracas del mismo año establece que: "Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente. (...) Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos" (arts. I y III).

■ Definición de ~

El Derecho de asilo comprende la protección que encuentra una persona objeto de persecuciones por parte de la autoridad de otro Estado, cuando estas persecuciones se enfrentan ante la prohibición de persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad del Estado, sin que este tenga la obligación de facilitar su continuación, entregando al refugiado a las autoridades del Estado que pretende ejercer tal persecución. El asilo, *strictu sensu*, es un concepto estrechamente vinculado con el delito político, mientras que el concepto de refugiado es más amplio.

■ Regulación del ~ en la Constitución

La regulación del asilo a nivel constitucional se inicia con la Constitución de 1979. En gran medida, la regulación

del asilo estuvo motivada por el representativo caso del líder político Víctor Raúl Haya de la Torre, que se asiló en la embajada de Colombia, habiéndose resistido el gobierno del Perú a darle el salvoconducto para salir del país, lo que motivó que el caso sea litigado entre Perú y Colombia ante la Corte Internacional de Justicia.

En la Constitución de 1993 el asilo está reconocido en el artículo 36, que señala que: “El Estado reconoce el asilo político”. Asimismo, se acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de que no se otorgue asilo, el Estado puede expulsar a quien lo solicitó sin entregarlo al país cuyo gobierno lo persigue.

Bibliografía consultada

- **GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso.** *Temas selectos de Derecho Internacional*. Cuarta edición, UNAM, México, 2003.
- **O'DONNELL, Daniel.** *Derecho internacional de los derechos humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

AUTONOMÍA

Etimológicamente, el término “autonomía” proviene de autos, que significa “por sí mismo”, y de nomos, que significa “ley”. Por ello, de manera general, este término hace referencia a la facultad que una persona o entidad tiene (sea individuo, un grupo, o un órgano del Estado) para actuar de acuerdo a sus propias disposiciones, vale decir, de actuar espontáneamente. Por ello, se afirma que la cualidad de ser autónomo resalta

la ausencia de dependencia respecto de los demás.

Ahora bien, si llevamos esta noción a un plano jurídico, y más específicamente al Derecho Público, advertiremos que la autonomía es un concepto estrechamente relacionado con la noción de poder, de manera que un ente autónomo sería aquel que ejerce dentro de la estructura estatal, tiene una cuota de poder público, y cuya actuación no depende ni se encuentra sujeta –al menos directamente– a otro poder, con especial referencia a la clásica división de los poderes. En este contexto, la autonomía aparece vinculada con la capacidad de autodesenvolvimiento en el ejercicio de los propios intereses o competencias.

Sin embargo, el poder autónomo no es un poder soberano de modo absoluto. Ello, porque la noción misma de poder soberano entraña la negación absoluta de cualquier poder superior que esté por encima de él: la voluntad del soberano no responde a ningún impulso externo o ajeno a ella misma, pues es ella quien determina el momento y la extensión de su acción, con base en los motivos que ella misma se provee. No existe en este caso, otra voluntad externa que le señale qué puede o no puede hacer, o qué debe o no debe hacer. Ello quiere decir, que el atributo de la soberanía no puede reconocer la existencia de un poder superior, que dirija, limite o condicione a la voluntad soberana.

No ocurre lo mismo con el atributo de la autonomía, el cual necesariamente presupone y además requiere la existencia de un poder superior, que es precisamente quien le atribuye tal cualidad al ente autónomo, y lo hace para el mejor cumplimiento de sus fines y funciones,

que se convierten en fundamento y límite de tal poder. Ello significa, que mientras ambos –el ente soberano y el ente autónomo– son capaces de auto-determinarse a sí mismos, en el último caso el poder superior que atribuye la calidad de autónomo, funciona también como parámetro que legitima su actuación, lo que no sucede en el primer caso, pues el poder soberano se legitima a sí mismo.

El poder autónomo se presenta, entonces, como un poder de carácter derivado, y además como un poder funcional al cumplimiento de sus fines. Asimismo, existe una tercera consecuencia que se deriva de las anteriores, y es quizás la más relevante: el reconocimiento de un poder superior caracteriza a la autonomía como un poder limitado por definición, y que se ejerce dentro del marco del ordenamiento jurídico creado por aquel, al cual debe sujetarse.

Si tenemos en cuenta que esta voluntad superior no es otra que la del poder constituyente que, a través del texto constitucional, ha otorgado autonomía a ciertos entes u organismos, no sería posible interpretar los alcances de este atributo de manera ilimitada, sino más bien como un poder limitado por el marco constitucional establecido por ese mismo poder constituyente. Entonces, es el texto constitucional o el texto legal plasmación de la voluntad superior del poder constituyente o del legislador, según sea el caso, el que respaldará y legitimará la actuación autónoma de los entes allí reconocidos como tales, que encontrarán también en el mismo documento constitucional o legal el marco dentro del cual pueden conducirse libremente.

Bibliografía consultada

- **DUGUIT, León.** *Soberanía y libertad.* Librería Española y Extranjera, Madrid, 1924.
- **PANTOJA MORÁN, David.** *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1973.
- **VALENCIA CARMONA, Salvador.** *Derecho, autonomía y educación superior.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

AUTONOMÍA PROCESAL

Doctrinariamente, se ha entendido que la “autonomía procesal” alude a la potestad que tiene el Tribunal Constitucional para perfeccionar su regulación procesal cuando los métodos convencionales de interpretación e integración jurídica se revelen insuficientes. A través de ella, al momento de resolver un caso concreto el Tribunal Constitucional crea reglas y principios procesales generales, más o menos estables, de acuerdo con consideraciones de oportunidad.

Esta figura, proveniente de la doctrina alemana, surgió a partir de dos constataciones: a) que la Ley que regula el Tribunal Constitucional Federal alemán se limita a determinar solo algunos aspectos imprescindibles del proceso constitucional, pero no agota su regulación; y, b) que los métodos tradicionales de interpretación e integración del Derecho resultan insuficientes para dar una respuesta adecuada a las especificidades de la justicia constitucional. A partir de estas dos constataciones algunos autores han sostenido que el Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de llevar

a cabo una configuración más libre de su Derecho procesal; sin embargo, el empleo de la expresión “autonomía procesal”, como categoría específica del Derecho Procesal Constitucional, no es admitido unánimemente por la doctrina.

En nuestro país, esta libertad en la creación de reglas y principios procesales le ha permitido al Tribunal Constitucional justificar, por ejemplo: la “reconversión” de un proceso de cumplimiento en uno de amparo a fin de tutelar los derechos constitucionales involucrados en un caso concreto (STC Exp. N° 7873-2006-PC/TC), admitir la incorporación del litisconsorte facultativo en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (RTC Exp. N° 0020-2005-AI/TC) y admitir la figura del partícipe también en un proceso de inconstitucionalidad (RTC Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC), todo ello pese a no contar con una habilitación legal expresa.

Bibliografía consultada

- **LANDA ARROYO, César.** “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”. En: *Justicia Constitucional*. N° 4, Palestra, Lima, 2006.
- **MONROY GÁLVEZ, Juan.** “La ‘autonomía procesal’ y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada”. En: *Themis*. Revista de Derecho. Segunda época, N° 55, Lima, 2008.
- **RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia.** *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 2003.

■ Límites de la ~

Doctrinariamente se ha interpretado que esta figura debe verse limitada por el principio de división de poderes y la vigencia de los derechos

fundamentales, que son dos límites que se derivan del Estado de Derecho. En ese sentido, debe respetarse lo prescrito por la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las normas legales que resulten aplicables. Otro de los límites que identifica la doctrina deriva del principio de seguridad jurídica, el cual exige que la libre configuración del proceso se considere también una excepción en la jurisdicción constitucional. Por tanto, el Tribunal Constitucional solo podrá invocar su “autonomía procesal” en aquellos casos en los que resulte imposible apelar a los métodos tradicionales de integración. Finalmente, la configuración procesal autónoma del Tribunal debe ejercerse de manera motivada y atendiendo a las funciones que dicho órgano constitucional está llamado a ejercer.

En el Perú, el Tribunal Constitucional ha sentado es su jurisprudencia algunos límites a su “autonomía procesal” (RTC Exp. N° 0020-2005-AI/TC). Tales límites son los siguientes:

a) En primer lugar, la regulación constitucional y legal vigente, es decir, el artículo 200 de la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional. Ello, debido a que el perfeccionamiento al que puede avocarse el Tribunal no supone una ampliación de sus competencias.

b) En segundo lugar, la regulación procesal constitucional debe ser desarrollada y complementada sobre la base del Derecho Constitucional material. No obstante, es posible que en algunas ocasiones sea necesario

recurrir a la aplicación analógica de instituciones procesales. En este último caso, no será posible trasladar dichas instituciones mecánicamente al ámbito procesal constitucional, pues se debe atender a los fines del proceso.

c) En tercer lugar, se debe reconocer el lugar que ocupa el Derecho Procesal Constitucional dentro del ámbito del Derecho Procesal General, sin que ello suponga negar las singularidades de la jurisdicción

constitucional y los principios materiales que la informan.

Bibliografía consultada

- **RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia.** *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional.* Civitas, Madrid, 2003.
- **RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia.** "La libertad del Tribunal Constitucional alemán en la configuración de su derecho procesal". En: *Revista Española de Derecho Constitucional.* Año 21, N^o 62, Madrid, 2001.

B

BANCO CENTRAL DE RESERVA

La Constitución Política del Perú, con el objeto de dotar de mayor eficiencia la labor desempeñada por algunas instituciones claves de nuestro sistema jurídico, y a través de ello garantizar la plena vigencia del Estado de Derecho, ha creado algunos organismos constitucionales autónomos que, por ello mismo, no dependen de ninguno de los tradicionales poderes del Estado. El Banco Central de Reserva es uno de esos importantes órganos, y en virtud de la norma constitucional tiene como objeto, fundamentalmente, la emisión de billetes y monedas en la unidad monetaria del país, preservar la estabilidad monetaria regulando la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, e informar periódicamente al país sobre las finanzas nacionales.

El *Banco Central de Reserva* es gobernado por un *Directorio* de siete miembros. El poder ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente del Banco. El Congreso ratifica a este, y designa a los tres restantes. Estos directores son nombrados por un periodo de cinco años, sin embargo, pueden ser removidos por el

Congreso por falta grave. Debido a su importancia y trascendental papel en la economía nacional, se exige que los directores de este banco sean de nacionalidad peruana y posean reconocida solvencia moral y amplia competencia y experiencia en economía y finanzas. Además, los directores son personal y solidariamente responsables por los acuerdos que se adopten con su participación, responsabilidad que no desaparece aunque salven su voto, a menos que, dentro de los cinco días siguientes, comuniquen notarialmente su disconformidad al Presidente.

Se destaca la *autonomía* del Banco Central de Reserva por constituirse esta característica en una condición necesaria para su manejo adecuado basado únicamente en criterios de naturaleza técnica con un horizonte y objetivos que trasciendan los periodos gubernamentales y sus políticas de corto plazo. La experiencia internacional muestra que los países con bancos centrales autónomos tienen bajas tasas de inflación y mayores tasas de crecimiento económico. No obstante, el reconocimiento de esta autonomía no implica la ausencia de control alguno sobre él. En ese sentido, el Banco Central de Reserva está sujeto al control posterior de la Contraloría

General exclusivamente en lo que concierne a la ejecución presupuestal, y está sometida a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros en cuanto al cumplimiento de la Ley Orgánica, Estatuto y demás disposiciones del banco, de acuerdo con lo previsto en su respectiva ley orgánica. Igualmente, el Directorio del banco debe presentar un Informe al ministro de Economía y Finanzas sobre todos aquellos aspectos de la política económica que afecten negativamente el cumplimiento de la finalidad que la ley le asigna.

El aporte más visible del Banco Central de Reserva a la economía nacional es alcanzar y mantener la *estabilidad monetaria*, pues al controlarse la variabilidad excesiva y los niveles de inflación se reduce la incertidumbre y se genera confianza en el valor presente y futuro de la moneda, y ello a su vez trae como consecuencia el estímulo del ahorro, la atracción de las inversiones y, finalmente, la promoción del crecimiento sostenido de la economía, lo que contribuye al bienestar general como objetivo del Estado.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

La dinámica del proceso de inconstitucionalidad supone la confrontación de la ley enjuiciada con el denominado “parámetro de constitucionalidad”, el cual se halla compuesto no solo por la Constitución, sino también por el llamado “bloque de constitucionalidad”, que agrupa un conjunto de normas que, pese a no tener formalmente el mismo rango que el texto constitucional (pues tienen rango legal), sirven

instrumentalmente para examinar la constitucionalidad de la norma impugnada, bajo ciertos supuestos.

El término tiene un origen doctrinal antes que legislativo o jurisprudencial. En concreto, su autoría se le atribuye a Louis Favoreau, quien utilizó esta figura para explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés. En dicha decisión, la Corte había decidido declarar la invalidez de una ley, examinándola no solo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino confrontándola además con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; aunque es posible encontrar un antecedente, ciertamente análogo, en el denominado “bloque de constitucionalidad” del proceso contencioso-administrativo francés. En cualquier caso, lo cierto es que en la actualidad el bloque de constitucionalidad francés se halla integrado por la Constitución de 1958, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Declaración de Derechos de 1789 y “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. A su vez, son rasgos característicos de este concepto, entre otras, las siguientes: a) las fuentes que lo integran tienen una “unidad formal de rango”; y b) tales normas cumplen una función procesal en el control previo de constitucionalidad confiado al Consejo.

En el caso peruano, el concepto de “bloque de constitucionalidad” ha tenido recepción legal expresa en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional. De modo tal que, normativamente, dicho bloque está compuesto por dos tipos de normas: a) las que se hayan dictado para determinar la competencia o atribuciones

de los órganos del Estado; y b) las que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales. A ello, el Tribunal ha agregado un tercer supuesto: c) normas legales que regulen un requisito esencial del procedimiento de producción normativa (STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC). Por lo demás, para que una norma legal integre dicho bloque, no solo es necesario que tal condición sea reclamada por la propia

Constitución, sino que además debe ser plenamente compatible con esta, si bien por dicha razón no llega a compartir el mismo rango.

Bibliografía consultada

- **CARPIO MARCOS, Edgar.** “El bloque de constitucionalidad”. En: *Revista de Derecho*. Universidad de Piura, Vol. 5, 2004.

CAPACIDADES BÁSICAS

El “enfoque de capacidades” (*capabilities*) responde a la autoría del economista y filósofo político indio Amartya Sen, premio nobel de Economía en 1998. Fue formulado por primera vez en su conferencia “¿Igualdad de qué?”, pronunciada el 22 de mayo de 1979 durante el Ciclo Tanner de Conferencias sobre los Valores Humanos, en la Universidad de Standford. En esa oportunidad, Sen se encargó de criticar tres tipos específicos de igualdad: la igualdad utilitarista, la igualdad total útil y la igualdad rawlsiana. En su concepto, estas tres perspectivas padecen serias limitaciones, las cuales no pueden ser superadas ni siquiera cuando actúan en conjunto.

De manera resumida, Sen critica la filosofía de la *igualdad utilitarista* (defendida por autores como Harsanyi y Hare), cuyo objetivo es aumentar al máximo la suma total de utilidades, al margen de su distribución. La identificación entre “moral” y “utilidad” que postula esta tesis, dice Sen, hace que termine ignorando la discriminación injusta entre las necesidades humanas igualmente urgentes de unos y otros, lo que es consecuencia de la despreocupación utilitarista por las cuestiones de la distribución

y su atención exclusiva por la “reacción mental” que los bienes producen sobre las personas (felicidad, placer, etc.). En el caso del modelo de *igualdad del total de utilidad*, Sen reprocha que este modelo no tenga en cuenta la intensidad de las necesidades de las personas, lo que incumple el principio de “dar igual importancia a los intereses iguales”. Finalmente, critica también el modelo de *igualdad de Rawls* pues, a su criterio, la idea rawlsiana de “bienes primarios” no toma en cuenta que la gente tiene necesidades muy distintas, que varían con su estado de salud, su longevidad, las condiciones climáticas, el lugar geográfico, las condiciones de trabajo, el temperamento, etc. En su opinión, la construcción de Rawls padece del defecto fetichista de ocuparse de los bienes, y no de lo que suponen esos bienes para los seres humanos. Y concluye: “el juzgar los niveles de ventaja exclusivamente en función de los bienes primarios nos conduce a una moralidad parcialmente ciega”.

Es, en lugar de estas teorías, que Sen llega a postular su noción de “igualdad de capacidades básicas”, entendiendo por “capacidad” a aquella facultad que tienen las personas para hacer ciertas cosas básicas (entre las cuales menciona la de

desplazarse, pero también las de satisfacer las necesidades alimentarias, de vestido y alojamiento, de participación en la vida social, entre otras). Como bien reconoce Sen, esta construcción constituye una “extensión natural” de la preocupación de Rawls por los bienes primarios: la diferencia es que su noción desplaza la atención exclusiva sobre los bienes, hacia lo que los bienes suponen para los seres humanos.

En suma, el enfoque de capacidades (*capabilities*) impulsado por Sen es un criterio que permite evaluar el grado de libertad y desarrollo de las personas. Pero el énfasis no es puesto en la cantidad de recursos que los individuos acumulan para lograr su bienestar (señaladamente, los “bienes primarios” de Rawls), sino en la capacidad que estos tienen para *hacer* o *ser* aquello que estiman valioso (esto es, para convertirse en “agentes” de su propio destino).

■ ~, desarrollo y libertad

La tesis de Sen, entendida como una reacción antieconomicista a la noción de bienestar, importa además reformular la idea de desarrollo. Para el citado autor, el desarrollo es un proceso de expansión de libertades reales de que disfrutan los individuos (“el desarrollo como libertad”), lo que contrasta con la visión tradicional que identifica a aquel con el crecimiento del producto nacional bruto, el aumento de las rentas personales, la industrialización o los avances tecnológicos. Antes bien, para nuestro autor, el proceso económico es un medio para expandir las libertades, mas no es un fin en sí mismo; lo cual hace que la pobreza deje de ser vista

solo como un problema de rentas bajas, para pasar a serlo principalmente como una situación de privación de capacidades básicas.

La noción de Sen sobre el “desarrollo como libertad” (esto es, la libertad como fin y como medio del desarrollo) no escapa, sin embargo, a la pregunta de cuáles podrían ser esas libertades y, antes bien, las individualiza en una lista compuesta por: a) las libertades políticas; b) los servicios económicos; c) las oportunidades sociales; d) las garantías de transparencia; y e) la seguridad protectora; todas las cuales contribuyen a mejorar la capacidad general de una persona.

■ Lista de ~

Si bien Sen reconoce que uno de los problemas del concepto de “igualdad de capacidades básicas” consiste en establecer un índice de los grupos de esas capacidades, entiende también que aquella noción sigue siendo “culturalmente específica”, lo que equivale a decir que la enumeración de una “lista de capacidades” depende de las necesidades de cada comunidad, situada en un tiempo y espacio determinados.

Frente a esta concepción supuestamente “relativista”, la filósofa Martha Nussbaum propone una “lista” de capacidades básicas, con pretensiones de objetividad y universalidad, que deben estar incorporadas en las constituciones para ser garantizadas por los Estados. Así, la exigencia mínima de capacidades básicas exigida por Nussbaum incluye: 1)

vida; 2) salud corporal; 3) integridad corporal; 4) sentidos, imaginación y pensamiento; 5) emociones; 6) razón práctica; 7) afiliación; 8) otras especies (lo que incluye el cuidado de los animales, plantas y la naturaleza); 9) juego; y 10) control del propio entorno. En cierta forma, este listado presupone un determinado consenso intercultural.

Bibliografía consultada

- **NUSSBAUM, Martha.** *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión.* Paidós, Barcelona, 2007.
- **SEN, Amartya.** "Igualdad de qué". En: AA. VV. *Libertad, igualdad y derecho: las conferencias Tanner sobre filosofía moral.* Ariel, Barcelona, 1988.
- **SEN, Amartya.** *Desarrollo y libertad.* Planeta, Bogotá, 2003.

CASOS FÁCILES / CASOS DIFÍCILES

La autoría de la distinción entre casos "fáciles" (*clear cases*) y "difíciles" (*hard cases*) corresponde atribuirlos al escocés Neil MacCormick y, en particular, a su obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1978. Aquella tiene lugar en el marco de su teoría sobre la argumentación jurídica, la cual propone un modelo de justificación de las decisiones judiciales a partir de la integración entre la razón práctica kantiana y el escepticismo humano (esto es, en palabras de Atienza, una teoría de la razón práctica que se complementa con una teoría de las pasiones).

Este tipo de justificación exige tomar en cuenta dos elementos esenciales: por un lado, las premisas normativas (que

configuran la premisa mayor del razonamiento jurídico) y las premisas fácticas (es decir, los hechos que, situados como premisa menor, se subsumen en la premisa normativa). En este contexto, se advierte que justificar una cierta decisión jurídica no solo supone poner de manifiesto la corrección del silogismo "premisas mayor → premisas menor → conclusión" (fundamentación interna), sino que también exige justificar la propia premisa normativa (fundamentación externa).

Justificar una decisión judicial, en todo caso, no siempre es una labor sencilla. Dependiendo de la dificultad que esta tarea suponga, es que resulta posible aludir a casos fáciles o casos difíciles. Así, será un *caso fácil* aquel supuesto para el cual exista una respuesta determinada desde el Derecho. Se trata, por tanto, de casos que, al no revestir cuestionamientos a nivel de las premisas, están exonerados de cualquier exigencia de argumentación, que no sea la simplemente deductiva. En cambio, estaremos frente a un *caso difícil*, cuando tal respuesta no exista prima facie, haciéndose necesario llevar a cabo un proceso argumentativo para justificar la decisión de que se trate, en el que se integran los criterios, conformantes de la razón práctica, consistentes en la universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias.

Las razones por las cuales esta dificultad puede presentarse (y, por tanto, generar casos difíciles a nivel de la justificación) son, en opinión de Atienza, básicamente cuatro: por un lado, los problemas de relevancia y de interpretación (que recaen sobre las premisas normativas), y por el otro, los problemas de prueba y de clasificación (atinentes a las premisas fácticas). Los describimos brevemente.

Casos difíciles: Problemas de relevancia

Esta clase de dificultad tiene que ver con la determinación de la norma aplicable al caso, vale decir, cuando existe incertidumbre respecto a si una norma resulta o no pertinente para solucionar el caso materia de análisis. Ello puede ocurrir, bien porque no existe ninguna disposición aplicable (lo que supone la existencia de una auténtica *laguna normativa*), o bien porque existen varias normas aplicables que, pese a ello, arrojan resultados incompatibles o contradictorios. Mientras que en el primer supuesto la teoría general del Derecho aconseja utilizar mecanismos como la analogía, el argumento a contrario o a fortiori; en el otro caso, en cambio, suele acudir a los clásicos criterios de resolución de antinomias (*lex superior, lex posterior y lex specialis*), si bien ambas salidas pueden resultar a veces insuficientes.

Casos difíciles: Problemas de interpretación

El segundo problema relacionado con las premisas normativas es el relativo a la interpretación. Sucede cuando, a causa de la indeterminación semántica de la disposición normativa, es posible atribuir más de un significado como paso previo a su aplicación al caso concreto; situación que se hace patente cuando nos encontramos frente a conceptos jurídicos indeterminados o con una importante carga emotiva. Ello hace que personas situadas en distintos horizontes interpretativos arriben

a conclusiones totalmente distintas frente a una misma disposición.

Casos difíciles: Problemas de prueba

Directamente vinculado a las premisas fácticas, este tipo de problemas se pregunta por la configuración o no de los hechos relevantes que se quieren subsumir en la premisa normativa correspondiente (las así denominadas “lagunas de conocimiento”, en la terminología acuñada por Alchourrón y Bulygin). A veces, la solución a estos problemas pasan por establecer ciertas presunciones *iuris tantum* o, en su caso, por la distribución de las cargas probatorias correspondientes.

Casos difíciles: Problemas de clasificación

Finalmente, son problemas de clasificación aquellos que inciden sobre el encaje del supuesto fáctico, cuya certeza se conoce, dentro del campo de aplicación de la premisa normativa pertinente (una “laguna de reconocimiento”, siguiendo a los ya mencionados Alchourrón y Bulygin).

Bibliografía consultada

- **ATIENZA, Manuel.** *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Palestra, Lima, 2006.
- **MARTÍNEZ ZORILLA, David.** *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa.* Marcial Pons, Madrid, 2007.

CASOS DIFÍCILES

Ver: Casos fáciles / Casos difíciles

CASOS TRÁGICOS

En lo que se ha denominado teoría estándar de la argumentación jurídica, en términos generales se suele distinguir entre casos fáciles y casos difíciles. Los primeros son aquellos en los que el ordenamiento jurídico provee una respuesta clara que soluciona el caso y no corresponde sino una aplicación pura y simple del Derecho mediante la aplicación de un silogismo jurídico, mientras que los casos difíciles se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho positivo, pues la solución al tema en debate no está determinada claramente por los estándares jurídicos existentes, razón por la cual en estos últimos cobra importancia la labor interpretativa.

Lo que resulta más controvertido es la existencia de los casos trágicos; sin embargo, y aunque no resulta del todo claro cuándo un conflicto es “genuinamente” trágico, suele aceptarse que esa situación se presenta cuando: a) el conflicto no tiene resolución racional posible, por ejemplo porque los valores o principios contendores son considerados mutuamente inderrotables o incomparables; o, b) el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección entrañaría sacrificio o pérdida moral. En similares términos, Atienza sostiene que son casos trágicos aquellos supuestos en relación con los cuales no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no

sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico o moral. Por lo tanto, cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como trágico: a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico.

Es innegable que los casos o conflictos trágicos se constituyen en retos para la racionalidad, pues no solo desafían la posibilidad de solución objetiva de un conflicto de valores o principios, lo que no sería privativo de ellos, sino que incluso desafían la posibilidad misma de ponderación racional entre principios en conflicto. Así, hay quienes sostienen que si se acepta la existencia de casos trágicos genuinos se podría activar una tesis en virtud de la cual se sostenga el carácter limitado de la racionalidad, pues en estos casos, a diferencia de los casos difíciles, no existiría solución racional posible y lo único que habría es un puro acto *decisionista*. Este sería el alto costo que habría que pagar para resolver el conflicto.

Sin embargo, Atienza sostiene que aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en que el sistema jurídico no permite llegar a una respuesta correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional,

pues el hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podamos decir que unas son peores que otras, pues siempre se podrán encontrar algunas respuestas que son claramente mejores que otras. Algo que es importante destacar en este punto es que la opción que se tome en estos casos al decidir por el mal menor necesariamente estará guiada por criterios de razonabilidad, por lo tanto, si bien la solución de un caso trágico, se encuentra fuera de los ámbitos de la estricta racionalidad, no es verdad que haya rebasado los límites de la racionalidad cayendo en el ámbito de la pura arbitrariedad.

Bibliografía consultada

- **ATIENZA, Manuel.** "Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos". En: *Isonomía*. N° 6, abril de 1997.
- **LARIGUET, Guillermo.** "Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica". En: *Isonomía*. N° 24, abril de 2006.

CERTIORARI

Es un recurso extraordinario por el cual un tribunal de jerarquía superior puede revisar, a su discreción, una decisión de un tribunal inferior. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de América, la ley autoriza el uso de la orden de *certiorari* (o *cert*, del latín "ser informado") para que la Corte instruya a un tribunal inferior que certifique y transmita, para revisión, el historial de un caso en particular.

Sobre la experiencia norteamericana, cabe precisar que el Tribunal Supremo conoce un número muy limitado de casos en primera instancia; de modo que su función principal radica en conocer, en apelación, los fallos de los tribunales inferiores sobre cuestiones legales federales comunes y constitucionales. En virtud de esta última competencia, en un inicio la Corte debía conocer todas las apelaciones presentadas ante ella, lo que con el tiempo se volvió inmanejable, pues los casos iban en aumento. Por este motivo, el Congreso emitió la Ley Judicial de 1891, mediante la cual se confirió al Tribunal Supremo, por vez primera, la autoridad de aceptar o rechazar algunas apelaciones discrecionalmente.

Sin embargo, la Ley Judicial de 1891 no logró resolver el problema de manera definitiva, pues las apelaciones obligatorias pusieron otra vez en dificultades a la Corte Suprema y fue necesaria una nueva intervención legislativa. De ahí que el Congreso emitiera la Ley Judicial de 1925, que consolidó definitivamente las bases del *certiorari* y dio más poder a la Corte para controlar el volumen de casos a resolver. Finalmente, con la reforma de 1988, se redujeron todavía más las apelaciones obligatorias y, desde entonces, mediante el uso de la orden de *certiorari* la Corte considera solo casos de gravedad e importancia general en los que están involucrados principios de amplio interés público o gubernamental.

De esta manera, en la actualidad la Corte Suprema norteamericana tiene el poder de confeccionar su propia agenda de casos y, lo más importante, no tiene que motivar su decisión de admitir o no un recurso de *certiorari*, pues se considera una prerrogativa de la Corte.

En el Perú, el problema de la elevada carga procesal no ha sido ajeno al Tribunal Constitucional, que debe resolver una gran cantidad de procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales (sobre todo amparos) en última y definitiva instancia. Por este motivo, en el año 2004, la Comisión Especial para la Reforma de la Administración de Justicia (Ceriajus), propuso reformar el artículo 202 de la Constitución a fin de que el Tribunal Constitucional tuviera competencia para seleccionar discrecionalmente los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento que decidiera conocer. De esta manera, se propuso introducir en nuestro ordenamiento una reforma inspirada en el recurso de *certiorari* norteamericano.

Bibliografía consultada

- MESSITTE, Peter J. “El recurso de *certiorari* o de revisar: Decidir cuáles casos examinar”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional* (Actividades). Sitio web: <<http://gaceta.tc.gob.pe/actividad.shtml?x=60>> [Consulta: 23 de octubre de 2011].

CIUDADANÍA

Ciudadanía es una categoría propia de la esfera política, en la medida en que es en dicho ámbito que se construye históricamente el concepto. Sin embargo, hoy, en el Estado Constitucional de Derecho el concepto posee además una relevancia jurídica fundamental, pues es un punto de referencia obligado para entender el complejo entramado social, institucional y legal que las sociedades contemporáneas han configurado. En sentido lingüístico, la acepción *ciudadanía* hace alusión a la calidad de *ciudadano* que tenemos todas las personas, como

miembros de una comunidad. Es este estatus el que desarrolla extensamente la teoría política.

El estatus de ciudadanía hace referencia a la posición que adoptan los distintos individuos frente a su sociedad y frente al poder constituido. Esa posición refleja el grado de libertades y facultades que ha adquirido el hombre en la historia contemporánea y es un parámetro a partir del cual se mide la organización del poder y sus límites. En ese sentido, la ciudadanía otorga derechos a los individuos por ser miembros de una comunidad o Estado en particular, y este se encargará de garantizarlos.

Dicha comprensión básica de ciudadanía no agota la riqueza conceptual de la expresión ni abarca todos los sentidos que adquiere el término, pues es una categoría compleja, que no posee una definición unívoca, sino que a su vez depende de una determinada comprensión respecto de las libertades o derechos que tienen los individuos en su condición de ciudadanos. En tal sentido, sería necesario hacer una breve descripción de las principales formas de concebir a la ciudadanía, concepciones que no son excluyentes entre sí y que responden a dos corrientes de pensamiento en la historia. Las podemos catalogar como ciudadanía legal y ciudadanía política.

■ ~ legal

La noción de ciudadanía como condición legal es, sin duda, la versión más extendida y tradicional. Desarrolla la idea básica ya esgrimida: individuos que en su calidad de ciudadanos les asisten libertades y garantías. Esta noción es de corte liberal y responde

al surgimiento del pensamiento ilustrado, movimiento que a la postre genera la Revolución Francesa y, con ella, el nacimiento del Estado moderno. Siendo la ciudadanía una categoría política que se erige para dar paso al Estado de Derecho, adquiere una connotación legalista: el ciudadano es esencialmente *un sujeto titular de derechos*, condición que se adquiere como consecuencia del nacimiento en una sociedad o por naturalización. Desde la teoría, connotados pensadores como Locke o Rousseau han afirmado que dicha condición legal se sustenta en el Contrato Social, como acto fundacional del Estado, por medio del cual adquirimos nuestra *carta de ciudadanía*. De esta hipótesis se desprenden consecuencias importantes, pues se entiende al Pacto como fuente que legitima, entre otras cosas, el ejercicio de nuestros derechos como partes en el “contrato”, al tiempo que obliga al Estado a respetarlos. En ella subyace nuestro estatus de ciudadanos.

En esta versión, la titularidad de derechos otorga igualdad jurídica. El principio válido que se desprende de dicho presupuesto es la denominada igualdad formal, que es un axioma básico del Estado de Derecho: todos somos iguales ante la ley, sin importar nuestro origen, nuestra posición social o económica, nuestra forma de pensar, nuestra religión o nuestra identidad sexual. Es un punto de quiebre con el mundo monárquico y más claramente, con la Edad Media y Antigua, donde el sujeto ocupaba un estatus distinto de acuerdo al orden asignado en la sociedad –o la naturaleza–. Ciertamente, esta noción de

ciudadanía está vinculada a una manera de pensar la dinámica de organización social. Resulta evidente que la ciudadanía, así entendida, permite explorar distintos espacios y experiencias privadas o colectivas (en el plano político, religioso, sexual,) dando paso a diferentes formas de asociación. Esta forma de cultivar las relaciones sociales darán como resultado distintos tipos de proyectos de vida, que deben coexistir bajo el principio mínimo de la tolerancia, enunciado por John Locke, y que supone aprender a convivir respetando las creencias y convicciones del otro, a pesar de no compartirlas. Una ciudadanía como condición permite, entonces, garantías básicas de igualdad, afirma los derechos y libertades, y da derecho al voto; sosteniendo de esta forma al Estado de Derecho y logrando la existencia de una sociedad heterogénea y diversa.

■ ~ política

La noción de ciudadanía como cualidad política es una concepción más compleja que la de ciudadanía como condición legal. No es un concepto necesariamente opuesto, pese a que tiene un origen distinto y una comprensión más densa de la vida en sociedad. En contraste a la ciudadanía como condición, la clase de ciudadanía que esta versión rescata tiene su origen en una parte importante del pensamiento griego. Con ello, podemos citar al propio Aristóteles y su definición de ciudadano como aquel que participa del poder, sea a través de los juicios públicos o a través de los actos de gobierno. La ciudadanía presente en el mundo griego hace alusión a los

individuos que participan en el Ágora y que debaten los asuntos públicos o toman decisiones de justicia, es decir, cuya participación como agentes políticos es constante y se encuentra íntimamente ligada a su existencia y naturaleza humana. No podría ser de otro modo, pues el mismo Aristóteles había definido al ser humano como *zoom politikon* o animal social. Desde una perspectiva más actual, Hannah Arendt ha puesto de manifiesto que, efectivamente, solo a través de la ciudadanía se desarrolla una parte esencial de lo humano, pues es con la actividad política que nos confiere la ciudadanía que se revela una parte vital de nuestra condición: la capacidad de discurso y acción, lo que nos hace aparecer propiamente en el escenario como seres sociales.

Aunque esta imagen también está de cierta manera presente en la primera versión de ciudadanía, pues los individuos votan y son votados, es apenas una imagen recortada y limitada. A diferencia de las tesis contractualistas que sostienen la noción de un ciudadano libre de recluirse en su ámbito privado sin participar de los asuntos públicos, desde esta segunda perspectiva uno se hace ciudadano en la medida en que participa de la esfera pública, deliberando y actuando políticamente. Uno no es ciudadano en virtud de que la ley lo confiere, sino que ella misma es producto de la actividad ciudadana, como creación colectiva. En esta versión, de rai-gambre aristotélica, la preocupación por los asuntos de la *polis* nos lleva a procurar el bien común, es decir, la búsqueda del bienestar general, que permitirá el equilibrio perfecto del

sistema a través de la agencia política. Ya no se trata de una opción o derecho sino de un compromiso ineludible, pues dicha capacidad es intrínseca a nuestra naturaleza y nos permite desarrollar principios que sostienen nuestra vida en sociedad. Por ello, se cataloga a la ciudadanía como *una cualidad política*. Esta concepción se reactualiza con los problemas que afrontan las democracias contemporáneas y la crisis de representatividad del sistema político tradicional. Dado el complejo entramado institucional del mundo actual, esta noción se traduce en nuevas prácticas ciudadanas, las que buscan instaurar la denominada democracia participativa, lo que permite mayor participación de los ciudadanos, ya no solo por medio del voto electoral, sino a través de organizaciones sociales, cabildos abiertos, plebiscitos, etc. Esta versión de ciudadanía, tiene gran aceptación dentro de las corrientes políticas del republicanismo o comunitarismo, en la medida en que la defensa de las virtudes y el cultivo de los bienes propios de la comunidad son parte de sus tesis centrales.

Bibliografía consultada

- **ARISTÓTELES.** *Política*. Gredos, Madrid, 1994.
- **ARENDRT, Hannah.** *La condición humana*. Seix Barral, Barcelona, 1974.
- **LOCKE, John.** *Segundo tratado de gobierno civil*. Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- **ROUSSEAU, Jean-Jacques.** *El contrato social*. Mestas, Madrid, 2001.
- ▶ **Voz relacionada:** Democracia.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Código Procesal Constitucional es la denominación jurídica oficial que se la asigna al conjunto de normas legales reunidas en materia de Derecho Procesal Constitucional y que conforman un cuerpo normativo organizado sistemática y metódicamente. En él se encuentran debidamente determinados y regulados los procesos constitucionales así como los órganos encomendados en las tareas de resolución y de control de la constitucionalidad.

Como bien señala Abad Yupanqui, la existencia de un Código Procesal Constitucional presupone la existencia de una disciplina denominada Derecho Procesal Constitucional, como disciplina que se encarga de estudiar la regulación de los procesos constitucionales y las instituciones propias de la jurisdicción constitucional. De forma similar a los clásicos códigos de Derecho Procesal Civil o de Derecho Procesal Penal, el Código Procesal Constitucional es la expresión normativa más evidente del desarrollo de la rama del Derecho Procesal Constitucional, como rama autónoma del Derecho, si bien todavía se discute su nivel de dependencia o subordinación al Derecho Constitucional.

Sin embargo, en sentido estricto, no existe propiamente un Código Procesal Constitucional (CPConst.) dentro de la mayoría de sistemas jurídicos nacionales, a pesar de que comúnmente se pueda *acuñar* a determinadas legislaciones con dicho nombre. Ello, porque para que determinado dispositivo legal sea designado como tal requiere, primero, ser una rigurosa consolidación del

conjunto de normas en la materia y, por otro lado, presentar una estructuración o sistematización adecuada del panorama normativo en dicho ámbito. Esto último, supone brindar coherencia, organización y aportar criterios metodológicos para la resolución de casos. Este es, definitivamente, el caso del Código Procesal Constitucional del Perú, promulgado en diciembre de 2004 y que supone un hito en la legislación de toda Iberoamérica, por ser, en sentido estricto, el primer Código Procesal Constitucional del mundo.

Según los especialistas, el CPConst. peruano es pionero en el mundo, pues su naturaleza ofrece un marco normativo completo para el desarrollo de la jurisdicción constitucional del país. Ello no existiría en puridad en Europa, pues sus leyes procesales constitucionales responden a sistemas de control concentrado que giran en torno a leyes orgánicas de sus respectivos tribunales constitucionales, sin existir una norma que las reúna. No es tampoco el caso de los antecedentes normativos directos del CPConst. peruano en Latinoamérica. Así, por ejemplo, se puede citar a la Ley de Jurisdicción Constitucional del Salvador de 1960 y la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica de 1989, que tampoco reúnen la normativa dispersa, además de responder a un sistema constitucional exclusivamente de control concentrado. También podríamos citar el caso del Código Procesal Constitucional de Tucumán de 1995 (Argentina) que, pese a ser riguroso y sistemático, es de alcance parcial al no ser norma nacional, además de ser exclusivamente de control difuso.

A diferencia de ellos, el CPConst. peruano aporta una normativa muy original,

según Díaz Ricci. Para comenzar, armoniza todo los canales procesales e institucionales para un sistema constitucional mixto como el peruano; es decir, regula los procedimientos aplicables, tanto por la vía del Poder Judicial, como por el Tribunal Constitucional. Junto con ello, logra una eficaz ordenación de la normativa procesal constitucional existente en el Perú, reemplazando las otroras vigentes Ley de Hábeas Corpus y Amparo (Ley N° 23506), Ley de Acción Popular (Ley N° 24968), Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento (Ley N° 26301). Pero es definitivamente completitud jurídica lo que el código aporta categóricamente, introduciendo un título preliminar con principios rectores para todos los procesos constitucionales, e incorporando instituciones y figuras que consolidan una justicia constitucional que garantiza la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, tales como son la instauración de un modelo residual de amparo, la procedencia de procesos contra resoluciones judiciales, la represión de actos homogéneos, entre otros.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*. José Palomino Manchego (editor). Tomo 1, Grijley, Lima, 2007.
- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio Introductorio, legislación, jurisprudencia e índices*. Segunda edición Palestra Editores, Lima 2006.
- **SAGÜES, Néstor Pedro.** "La codificación del Derecho Procesal Constitucional". En: Eduardo Ferrer Mac Gregor (coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa, México 2003.
- ▶ **Voces relacionadas:** Autonomía procesal, Derecho Procesal Constitucional.

COMUNITARISMO

A partir de la década del 80 del siglo pasado y probablemente con base en los fenómenos de la inmigración, el nacionalismo y el atomismo social que pugna por encontrar formas sólidas de identidad social, entra, en el escenario de la discusión filosófica moral y política, los planteamientos de la corriente comunitarista, que si bien no está constituida como escuela o grupo homogéneo, se distingue por ciertas tesis esenciales y compartidas, en confrontación directa con el liberalismo. Aunque se presenta como una corriente interesada en la discusión de temas contemporáneos como los arriba mencionados, se sustenta en premisas antropológicas y filosóficas fuertes que retoman las viejas críticas de Hegel a Kant, en el sentido de que la persona no solo tiene obligaciones de carácter universal, derivadas de la razón práctica, a las que debe dar prioridad por sobre cualquier otra, sino que su sentido como ser humano se sustenta en su relación directa con una comunidad concreta, a la que debe fidelidad y prioridad por encima de obligaciones racionales y abstractas.

Aunque algunas críticas del comunitarismo al liberalismo y, sobre todo, algunas de las soluciones propuestas puedan ser algo extremas, los embates de esta corriente han servido al liberalismo (en algunos casos) para modificar algunas de sus tesis y considerar la importancia de la identidad y de la vida en comunidad en la formación del proyecto de vida autónomo que siempre ha propugnado esta corriente. En síntesis, las posturas o tesis comunitaristas pueden agruparse del siguiente modo:

En primer lugar, el comunitarismo rechaza la tesis liberal de que “el yo antecede a sus fines”, esto es, de que la persona tenga (y deba tener) la posibilidad de elegir libremente sus convicciones religiosas, económicas y sociales, sin vinculación con la comunidad donde las personas forman esos valores. Para el comunitarista dichas convicciones, que le son dadas por la comunidad en la que está inserto, forman parte constitutiva de la persona y más que elegidas son “descubiertas” en una mirada retrospectiva a las raíces comunitarias de la persona, a su “identidad”.

Del mismo modo, el comunitarismo no concuerda con la tesis liberal de que no existen culturas intrínsecamente valiosas, que deban ser preservadas. Para el autor comunitarista, las culturas y los grupos sociales merecen protección por parte del Estado, pues son las que permiten a la persona tener una vida con significación y contenido.

El comunitarismo también refuta la idea liberal de neutralidad estatal, en el sentido de que el Estado no debe adoptar como pública una concepción determinada del bien propugnada por una cultura o grupo, en menoscabo de otro. Para el comunitarista, dicha tesis puede significar solo el encubrimiento de la dominación de la cultura del grupo más fuerte en desmedro de los otros grupos culturales; por lo que el Estado debe adoptar medidas positivas para preservar determinadas culturas y promover la participación de los grupos minoritarios en la esfera pública.

Por otro lado, el comunitarismo considera errada la postura del liberalismo según la cual los reclamos de una comunidad no pueden prevalecer sobre los

derechos individuales de una persona. Dicha postura podría acarrear –para el comunitarista– el declive de los valores o de las bases materiales de la sociedad en las que el individuo se asienta, por lo que es preciso defender también la comunidad en la que este se desenvuelve. Esta crítica ha sido traducida en la necesidad de crear, por parte del Estado, “protecciones externas” en forma de derechos colectivos que permitan a la comunidad afirmar su autonomía e identidad frente a pretensiones hegemónicas o asimilacionistas por parte de grupos mayoritarios.

Finalmente, los comunitaristas no centran su atención, como los liberales, en la justicia de las instituciones sociales básicas, sino en el cultivo y florecimiento de las virtudes necesarias (como la fraternidad o solidaridad) para otorgar a cada quien un trato igualitario y la dignidad que la persona requiere. La justicia procedimental o en base a premisas sustantivas mínimas –afirman– no es valiosa, ni podrá ser nunca estable, si no es acompañada por el carácter virtuoso que haga posible el desarrollo de dicha justicia.

Bibliografía consultada

- **MACINTYRE, Alasdair.** *Tras la virtud.* Crítica, Barcelona, 2004.
- **SANDEL, Michael.** *El liberalismo y los límites de la justicia.* Gedisa, Barcelona, 2000.
- **TAYLOR, Charles.** *El multiculturalismo y la política del reconocimiento.* Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- **WALZER, Michael.** *Las esferas de la justicia.* Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Órgano constitucional autónomo e independiente, previsto en el artículo 150 de la Constitución Política del Perú de 1993. El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) tiene entre sus funciones: (a) seleccionar y nombrar a los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo cuando estos provengan de elección popular; (b) extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita; (c) ratificar a los jueces y fiscales cada siete años; (d) aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y fiscales supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias; y (e) nombrar al Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y al Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec).

El CNM está integrado por un total de siete miembros:

- Uno elegido por la Corte Suprema,
- uno elegido por la Junta de Fiscales Supremos,
- uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país,
- dos elegidos por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país,
- uno elegido por los rectores de las universidades nacionales; y,
- uno elegido por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros puede ser ampliado a nueve, con dos miembros

adicionales elegidos en votación secreta por dicho Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial. Los miembros titulares del CNM son elegidos, conjuntamente con sus suplentes, por un periodo de cinco años. No hay reelección inmediata (artículo 4 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del CNM).

Para ser miembro se requieren los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema: ser peruano de nacimiento, ser ciudadano en ejercicio y ser mayor de cuarenta y cinco años. Se exceptúa el requisito previsto en el artículo 147, inciso 4 de la Constitución, por lo tanto, no se requiere haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica.

La Constitución establece también que todo miembro del CNM goza de los mismos beneficios y derechos y está sujeto a las mismas obligaciones e incompatibilidades que un vocal de la Corte Suprema. Pueden ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros.

Las resoluciones del CNM en materia de evaluación y ratificación de jueces no son revisables en sede judicial, de conformidad con el artículo 142 de la Constitución. Sin embargo, se admite la intervención constitucional, a través de un proceso de amparo, cuando se hayan vulnerado los derechos fundamentales de la persona a lo largo del procedimiento (STC Exp. N° 3361-2004-AA/TC y artículo 5, inciso 7 del Código Procesal Constitucional).

CONSENSO TRASLAPADO

Traducción inglesa de *overlapping consensus*, también ha sido entendida como “consenso superpuesto” o “consenso entrecruzado”. Este concepto aparece en el trabajo de John Rawls “The domain of the political and overlapping consensus” (1989) y en su posterior libro *Liberalismo político* (1993). En *Teoría de la Justicia* (1971), Rawls se dedica a construir una concepción de la “justicia como imparcialidad”, capaz de formular principios para la estructura básica de la sociedad. Los principios de justicia (de igualdad de libertades básicas y principio de diferencia) son obtenidos a través de un procedimiento pretendidamente neutro, donde personas libres e iguales, autointeresadas y con un sentido de la justicia, escogen determinados principios “justos” para el conjunto de la sociedad, dadas las restricciones de información (de posición social, habilidades, riqueza) con que cuentan. Los principios de justicia rawlsianos pretendían, además, ser neutros respecto de las “ideas de bien” de los miembros participantes en la situación inicial de elección.

Esta concepción de justicia, sin embargo, y de acuerdo a como el propio Rawls lo reconocería en *Liberalismo político*, tenía dos problemas: (i) en primer lugar, soslayaba la importancia, destacada por los comunitaristas, del hecho del pluralismo presente en la sociedad contemporánea, el cual resalta el valor que tiene para cada ciudadano sus convicciones morales, religiosas y filosóficas; y (ii) en segundo lugar, la “justicia como imparcialidad” se presentaba como una derivación de una doctrina abarcativa que se suponía aceptaban todos los miembros de la sociedad y

que fijaba el canon de lo que era correcto o no en la sociedad política. De este modo, la “justicia como imparcialidad” no solo se tornaba irreal, sino que pretendía imponer una específica concepción sustantiva del liberalismo, bajo un manto de neutralidad. Ante estas críticas, Rawls reformula la función de su “concepción de la justicia” y en *Liberalismo político* le da el lugar de una “mera doctrina política” que, sin embargo, cree que puede representar una doctrina razonable para la conformación de una sociedad justa y ordenada, dado el hecho “ahora centralmente considerado” del pluralismo razonable. La forma como la concepción de “justicia como imparcialidad” puede representar una concepción política adecuada para la sociedad plural se explica a través del concepto de “consenso traslapado”.

Aun cuando los principios de justicia sigan siendo obtenidos con el recurso a un procedimiento neutro, en *Liberalismo político* Rawls otorga un especial énfasis al modo como dichos principios pueden ser reconocidos como base de un acuerdo social sostenible. Así, Rawls afirma que dicha estabilidad solo puede ser conseguida si es que cada persona puede suscribir dicha concepción política de la justicia (con sus dos principios) a partir de la coincidencia de dichos principios con la doctrina abarcativa razonable que profesa dicho ciudadano. Es decir, a diferencia de un mero *modus vivendi*, donde las personas aceptan determinados principios forzados por un compromiso temporal que impida la guerra y el enfrentamiento, en el consenso traslapado las personas afirman los principios de justicia porque realmente creen en ellos, dado que coinciden con sus convicciones filosóficas, religiosas o morales más

profundas. De esta manera, los principios de justicia se vuelven más reales (dado que recogen el dato insoslayable de un pluralismo razonable) y estables (dada el activismo de los ciudadanos en defender sus propias convicciones).

Lo delicado del asunto gira, no obstante, en torno a saber cómo es posible que pueda producirse dicha coincidencia entre doctrinas abarcativas muchas veces contrapuestas. En primer lugar, Rawls recurre a la idea de que dichas doctrinas solo deben llevar al ámbito público discusiones que se ubiquen en el ámbito específico de lo político, dejando de lado asuntos que competan a la moral personal de cada ciudadano. Luego, Rawls apela a la idea de un paso gradual hacia un “consenso traslapado”. Este consenso se inicia como un mero *modus vivendi*, que llega a incorporar algunos principios de justicia, como forma de concluir enfrentamientos dentro de la sociedad política. Estos principios aceptados a regañadientes se incorporan paulatinamente a una Constitución para dar estabilidad al acuerdo de paz, luego de lo cual se va formando el consenso constitucional con relación a procedimientos electorales democráticos, que intentan regular el conflicto político permanente al interior de la sociedad. Estos principios procedimentales incorporados en la Constitución, sin embargo, con el tiempo, no son suficientes para afirmar la estabilidad de la sociedad, pues el juego político exige que se reconozcan nuevos principios, de carácter sustantivo, que representen las convicciones que van adquiriendo los ciudadanos en el seno de un debate democrático público. Esos nuevos principios, afirmados desde las particulares doctrinas comprensivas de cada ciudadano o grupo de ciudadanos

(a través de un consenso traslapado), son “según la convicción de Rawls” los principios de la concepción política de “justicia como imparcialidad” (reconocimiento de libertades básicas para todos y de igualdad de oportunidades), los que a su vez, complementados por el nivel de cultura política alcanzada en la discusión pública, llegan a ser lo suficientemente amplios y profundos para generar una verdadera estabilidad y unidad social.

Bibliografía consultada

- RAWLS, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

CONSTITUCIÓN

Constitución es el nombre que recibe la norma jurídica de más alta jerarquía o importancia, tanto en sentido formal como material, de un ordenamiento. Por lo general, se trata de una norma escrita y de difícil modificación.

La noción de Constitución, como la conocemos actualmente, surge con la modernidad, más precisamente durante el constitucionalismo revolucionario del siglo XVIII (en Estados Unidos y Francia). Si bien antes existían las nociones de gobierno de las leyes y de norma superior, así como formas de organizar el poder político, y estatutos que reconocían derechos y privilegios específicos, no habían normas que puedan ser consideradas constituciones en sentido estricto. En este sentido, sobre el significado de Constitución resultan especialmente ilustrativos tanto el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia, 1789), que prescribe: “Una sociedad en la que

la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, carece de Constitución"; como el inicio del Preámbulo de la Constitución de Estados Unidos (1787), que señala: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos (...) establecemos y sancionamos esta Constitución". En el primer caso se destaca el límite del poder público frente a los derechos de las personas así como la necesidad de que este sea controlado y regulado; en el segundo caso, el origen popular o democrático en que se basa el constitucionalismo. Todo ello sigue formando parte de la idea de Constitución hasta hoy.

Además de ello, otras características que se atribuyen las constituciones actuales son las de ser normas políticas además de jurídicas; ser una expresión cultural y social dinámica; contar con disposiciones con expresiones indeterminadas o ambiguas con estructura de principio; consagrar los bienes del más alto rango para una comunidad (en especial los derechos fundamentales); y estar afectada por el hecho del pluralismo (político, social y cultural).

Asimismo, puede afirmarse que la Constitución hoy cuenta con tres funciones principales. En primer lugar, *la Constitución es "fuente" y "fuente de fuentes" del ordenamiento*. Es fuente pues es la base o fundamento del ordenamiento jurídico. Hans Kelsen, por ejemplo, señalaba que la validez de todo ordenamiento jurídico reside en la Constitución, mejor aún, en la habilitación formal que esta hace para crear Derecho. En este sentido podría decirse que en cierto modo el Derecho surge de la Constitución. Ahora bien, la Constitución también señala cuáles son las fuentes autoritativas del Derecho (o modos de producir el Derecho), y en

este sentido además puede ser concebida como "fuente de otras fuentes".

En segundo lugar, *la Constitución es norma jerárquicamente superior*; de ello derivan tres principios: los de *fuerza normativa*, de *supremacía constitucional* y de *rigidez constitucional*. La *fuerza normativa* de la Constitución indica que es una auténtica norma jurídica, con valor jurídico real y eficacia inmediata, por lo cual su contenido es obligatorio, debe ser desarrollado y cumplido en lo que establece, previéndose garantías procesales frente a la posibilidad de que sea trasgredida. La *supremacía constitucional* indica que su fuerza normativa es la más alta de todo el ordenamiento, siendo en general capaz de modificar o derogar a todas las otras normas (fuerza activa) y no pudiendo ser modificada o abrogada por ninguna norma de inferior jerarquía (fuerza pasiva), por lo que toda norma que se le oponga carecerá de validez y debería ser expulsada del ordenamiento. Aunado a lo anterior, también tenemos que la Constitución es una norma rígida (*rigidez constitucional*), por lo que no puede ser fácilmente modificada, como si se tratase de una ley ordinaria; por el contrario, suele plantearse mecanismos agravados para su reforma.

En tercer lugar, *la Constitución representa el orden fundamental de toda comunidad política*, pues en su seno se deciden asuntos sustanciales para una sociedad. De esta forma, no solo constituye el fundamento jurídico del ordenamiento, sino también es fundamento axiológico, cultural y político de la vida social en su conjunto.

■ ~ formal

A partir de una concepción formal, la Constitución es la norma de más alta

jerarquía de un ordenamiento, en la que se funda la validez del resto del sistema, y cuya vigencia y modificación depende de que se cumplan con ciertas previsiones formales o procedimentales. Esta noción de Constitución, como puede apreciarse, no tiene en cuenta su contenido sustantivo (es decir, los derechos, principios o valores que contiene), y se opone a la noción de “Constitución material”.

Ahora bien, desarrollando lo antes señalado, que la Constitución tenga la más alta jerarquía del ordenamiento significa que no puede ser modificada o derogada por leyes o normas de inferior rango. Que de ella depende la validez del sistema implica que una norma solo pertenecerá a un ordenamiento si fue emitida conforme al modo de producción previsto; el cual, en último grado, está regulado por la Constitución. De esta manera, la Constitución es fuente de fuentes del Derecho, en la medida en que “regula la producción de normas jurídicas generales” (Kelsen).

Además, desde esta perspectiva la Constitución es concebida como una norma escrita de difícil modificación; por ello no puede ser reformada de la misma forma que las leyes ordinarias, sino que se prevén procedimientos especiales para ello.

■ ~ material

Por Constitución material, “noción opuesta a la de Constitución formal”, se alude generalmente al orden social concreto que constituye a una comunidad específica (Lasalle), a las fuerzas de facto (sociales, políticas) que

persiguen un fin político y que sustentan la validez de la Constitución formal (Mortati), o a la decisión política fundamental del constituyente, que da entidad a la unidad política de un pueblo y debe distinguirse de las meras “leyes constitucionales”, es decir, las normas o disposiciones que componen la Constitución escrita (Schmitt).

Con lo anotado, en suma, la noción de Constitución material afirma la existencia de una Constitución independientemente de aspectos normativos o formales, aludiendo más bien a su importancia sustantiva para constituir el orden político-jurídico de una sociedad determinada.

De esta forma, el contenido de la Constitución material es extra o pre-jurídico, y puede referirse tanto a los aspectos sociales o espirituales que unen políticamente a una comunidad, como a las relaciones de poder existentes (social, político, económico, etc.) que justifican o asientan un determinado orden jurídico-político.

Por último, esta noción de Constitución material tiene estrecha relación con otras –como “Constitución dinámica o viva”, “Constitución como orden fundamental”, “Constitución sociológica”– aunque no son iguales ni deben confundirse.

■ ~ flexible

Flexibles son las constituciones que pueden ser modificadas por leyes ordinarias, o a través de los mismos mecanismos de aprobación o reforma de las leyes ordinarias. En ese contexto, aunque en cierta forma se

constate el principio de supremacía constitucional, no podría hablarse de rigidez constitucional.

El ejemplo clásico de Constitución flexible es la Constitución material inglesa, conformada por un conjunto de normas que no han sido aprobadas por una asamblea constituyente, que tienen un especial valor material, pero que podrían ser modificadas por el Parlamento de la misma manera en que lo haría con las demás leyes.

■ ~ rígida

Rígidas son aquellas constituciones que, al provenir del poder constituyente, no pueden ser modificadas de la misma forma en que lo serían las leyes ordinarias, sino solo a través de procedimientos diferentes y reforzados. Generalmente estos mecanismos incluyen votaciones agravadas o calificadas por parte de las asambleas legislativas, y en algunos casos incluso la consulta popular a través de referéndum.

Las constituciones contemporáneas suelen ser rígidas como garantía para su contenido y como forma de domoñar al poder político. La noción de Constitución rígida, finalmente, es contraparte de la de noción de Constitución flexible.

■ ~ escrita

Una característica bastante extendida de las Constituciones es su carácter escrito, sin embargo, no todas lo son. De esta manera, una forma de clasificar las constituciones es entre

constituciones escritas y consuetudinarias (o no escritas).

Las Constituciones escritas, que son la gran mayoría de las actualmente vigentes, surgen con el primer constitucionalismo liberal (s. XVIII) y tienen directa relación con los procesos de positivización de los derechos humanos y fundamentales mediante declaraciones de derechos, así como el de codificación legislativa distintiva del Estado legislativo de Derecho.

Actualmente, se valora positivamente el carácter escrito de las constituciones, pues este favorece su origen democrático y originario –ya que generalmente son dadas por “asambleas constituyentes” que representan al pueblo–, así como los principios de rigidez constitucional y de supremacía constitucional –al tratarse de normas escritas es reconocible lo que debe ser respetado y solo podría ser modificado a través de procedimiento formal establecido para ello–.

■ ~ no escrita

Por “Constitución no escrita” puede entenderse, en primer lugar, a las denominadas “constituciones consuetudinarias”. Como se sabe, no todas los Estados tienen constituciones escritas, siendo el caso más relevante el de Inglaterra. Este constituye una monarquía constitucional y su gobierno es constituido democráticamente, sin embargo carece de un texto constitucional ad hoc, es decir, uno dado con el nombre de “Constitución”, aprobado por una asamblea constituyente, y que establezca

la separación o equilibrio de poderes e incluya un listado de derechos garantizados. Al respecto, se señala que Inglaterra tiene más bien una “Constitución consuetudinaria”.

Una Constitución consuetudinaria está compuesta por diversas leyes, costumbres y tradiciones que tratan lo que generalmente estaría contenido en una Constitución escrita. Este tipo de Constitución se va formando paulatinamente, a lo largo del tiempo, y no tiene un contenido fijo ni del todo claro. Asimismo, no se prevé ningún mecanismo especial o agravado para modificarla, por lo que puede hacerse mediante cualquier ley; por ello, a este tipo de constituciones se le conoce también como “constituciones flexibles”, a diferencia de las “constituciones rígidas” que suelen ser las escritas.

En el caso de Inglaterra, por ejemplo, su Constitución consuetudinaria estaría compuesta por textos históricos como la Carta Magna, las reglas de sucesión al trono, así como diversas normas (*writs, bills*) que regulan derechos. Siendo así, es claro que Inglaterra cuenta con una tradición constitucional y normas constitucionales, sin embargo, no tiene una “Constitución escrita” ni rígida, como ocurre con los Estados constitucionales contemporáneos.

De otra parte, por Constitución no escrita puede también aludirse al “Derecho superior” (*higher law, fundamental law*), noción inglesa que se refiere al Derecho que, no obstante no estar expresamente regulado, debe tomarse en cuenta al resolver e incluso puede invalidar al Derecho

positivo debido a que es anterior y superior a este, siendo intangible para el poder público y de aplicación preferente para los jueces. Al respecto, precisamente nuestras actuales ideas de supremacía constitucional y de control difuso constitucional (*judicial review*) son deudoras de esta noción de *higher law* no escrito, claramente vinculada al Derecho natural.

■ Bibliografía consultada

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Temis, Bogotá, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1994.

■ ~ dinámica

La noción de Constitución dinámica (también “Constitución viva” o *living constitution*) aparece como contrapuesta a la de Constitución estática. Entender la Constitución de manera dinámica significa que su contenido se encuentra en constante movimiento y actualización, contemporizándose con las nuevas valoraciones sociales, los aconteceres económicos y políticos, los nuevos avances científicos o tecnológicos, etc.

Esta idea de Constitución tiene estrecha relación con su interpretación y ha estado presente en uno de los debates más importantes ocurridos recientemente en Estados Unidos, entre quienes defienden posiciones interpretativas “originalistas” o “intencionalistas” (*original meaning*) y quienes consideran que la Constitución debe interpretarse atendiendo a

la realidad que regula (*living constitution*). Al respecto, quienes conciben la Constitución en sentido dinámico consideran que esta sirve de sustento y regula una realidad social cambiante, y por ello su interpretación debe adaptarse a las sociedades y épocas en las que se aplica, debiéndose interpretar en sentido dinámico o evolutivo.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha asumido esta noción de Constitución, al señalar que interpreta las disposiciones de la Constitución “sin olvidar que se trata de una obra duradera en el tiempo y en constante movimiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, en buena cuenta, *Constitución viviente* de la sociedad plural” (STC Exp. N° 0048-2004-AI/TC).

■ ~ **estática**

La idea de Constitución estática (o también “Constitución estatua”) señala que debe entenderse que lo establecido por esta es lo que quisieron regular sus constituyentes, incluso para el contexto en que fue emitida. De esta forma, se postula que la Constitución se mantiene inalterable aunque pase el tiempo, no solo respecto a su texto, sino a su significado o sentido original.

Este modelo de Constitución está vinculado a las tesis interpretativas “originalistas” e “intencionalistas”, sostenidas sobre todo por algunos autores e incluso jueces de la Corte Suprema en Estados Unidos. Ellos sostienen que la Constitución debe interpretarse siendo fieles a la

voluntad de los padres fundadores de su país, respetando el significado (incluso contexto) original de las cláusulas constitucionales, es decir, conforme a lo que pensaban y querían los *framers* que decidieron fundar los Estados Unidos y darse una Constitución.

■ ~ **viva**

Ver: Constitución dinámica.

■ ~ **estatua**

Ver: Constitución estática.

■ ~ **nominal**

Esta expresión parte de una difundida clasificación realizada por Karl Loewenstein respecto a las constituciones escritas. Una Constitución nominal es aquella que no calza con la realidad, debido a que los presupuestos sociales y económicos no permiten la concordancia plena entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. Son Cartas que se han dado de forma prematura, aunque optimista y bienintencionada; no obstante, lo que regulan no podría tener plena vigencia hasta que madure o desarrolle su proceso político. Por ello, su función es básicamente educativa.

Se trata, en sentido figurado, de “un traje que queda grande”. En palabras de Loewenstein, “el traje se cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el cuerpo haya crecido”. Este tipo de constituciones suele corresponder a Estados en los que recién se implanta el

constitucionalismo democrático occidental, sin contar con formación espiritual ni madurez política o social para ello. Loewenstein considera que Iberoamérica fue el terreno tradicional en el que se asentaban este tipo de Cartas.

■ Bibliografía consultada

- **LOEWENSTEIN, Karl.** *Teoría de la Constitución.* Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1979.

■ ~ semántica

Esta expresión es parte de una difundida clasificación que Karl Loewenstein hace sobre las constituciones escritas. Una Constitución semántica existe cuando hay un texto llamado Constitución, pero cuya finalidad no es limitar el poder, sino servir a los detentadores fácticos del poder para estabilizar y eternizar su mantención.

Siendo así, Loewenstein diría que, en sentido figurado, la Constitución semántica haría las veces de “un disfraz”. Además, señala que este tipo de Cartas han surgido por doquier, sin que exista un campo o territorio específico en el que se presente especialmente (v. gr. están las constituciones de Estados neopresidencialistas, islámicos, totalitarios, dinásticos, etc.).

■ Bibliografía consultada

- **LOEWENSTEIN, Karl.** *Teoría de la Constitución.* Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1979.

■ ~ normativa

Esta expresión parte de una difundida clasificación (ontológica)

realizada por Karl Loewenstein sobre las constituciones escritas. Este autor señala que las constituciones pueden clasificarse en nominales, semánticas y normativas. Las constituciones normativas son aquellas en están integradas con la sociedad, es decir, que existe una especie de simbiosis entre Constitución y sociedad; siendo así, sus normas realmente dominan en proceso político. La Constitución refleja, entonces, la cultura de una sociedad y sus normas tienen reales efectos en ella.

A efectos ilustrativos, Loewenstein señala que este tipo de Constitución “es como un traje que sienta bien y que se lleva realmente”, y señala que estas existen en las democracias occidentales, con una larga tradición de gobierno constitucional y con un grado relativamente alto de homogeneidad social y económica.

■ Bibliografía consultada

- **LOEWENSTEIN, Karl.** *Teoría de la Constitución.* Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1979.

■ ~ racional normativa

El concepto racional normativo de Constitución, conforme explica García Pelayo, concibe a esta como un sistema normativo “establecido de una vez y en el que de una manera total, exhaustiva, y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.

Esta idea de Constitución es tributaria de la noción liberal de ley, que

consideraba que el poder político puede ser sometido a través de la razón de las normas. Asimismo, debido a que su contenido se considera aprobado en único acto que genera y organiza el orden político, se opone a la “concepción histórica tradicional” de Constitución, que considera que ella es el resultado de una lenta transformación histórica. También afirma a la propia Constitución como soberana, despersonalizando de esta forma al poder. Igualmente, este concepto de Constitución está vinculado a la idea de sometimiento del poder constituido al constituyente (pues este último crea la Constitución y fija límites).

■ Bibliografía consultada

- **GARCÍA-PELAYO, Manuel.** *Derecho Constitucional Comparado*. Sexta edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961.

■ ~ histórica tradicional

El concepto histórico tradicional de Constitución, desde una perspectiva conservadora, se enfrenta al “concepto racional normativo”, y su sustrato intelectual reside en el historicismo. Según explica García Pelayo, desde esta concepción: “La Constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica, en la que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema. Por consiguiente, está claro que la Constitución de un país no es creación de un acto único y total, sino de actos parciales reflejos

de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa”.

Las constituciones históricas tradicionales responden al carácter o espíritu nacional, que va formándose a través del tiempo. En tal sentido, no vale la pena atar el desarrollo de la Constitución a una única norma rígida (legislación constitucional), sino que esta se va perfilando poco a poco, con participación de la legislación ordinaria incluso. Asimismo, para esta concepción no existe ningún reparo en reconocer que el poder político puede concentrarse en una única persona u órgano (como el rey o el Parlamento), a consecuencia del desarrollo histórico de un pueblo.

■ Bibliografía consultada

- **GARCÍA-PELAYO, Manuel.** *Derecho Constitucional Comparado*. Sexta edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961.

■ ~ sociológica

Esta concepción de Constitución es una proyección del sociologismo, que considera que la política, el Derecho y la cultura dependen de las situaciones sociales concretas. Desde esta perspectiva de Constitución, la estructura política real de un pueblo no se entiende como construida por una norma, sino que es expresión de una estructura social. Así, desde esta concepción no sería pertinente referirse a la despersonalización o abstracción de la soberanía, sino reconocer la existencia de grupos concretos que detentan y ejercen el poder.

Como explica García Pelayo, este concepto sociológico de Constitución considera que: “la Constitución es una forma de ser, y no de debe ser”; que esta “no es resultado del pasado, sino inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente”; “no se sustenta en una norma trascendente, sino que la sociedad tiene su propia “legalidad”, rebelde a la pura normatividad e imposible de ser domeñada por ella”; por último, precisa que, “si en lo que respecta al Derecho la concepción racional gira sobre el momento de validez, y la histórica sobre la legitimidad, la concepción sociológica lo hace sobre el de vigencia”.

■ Bibliografía consultada

- **GARCÍA-PELAYO, Manuel.** *Derecho Constitucional Comparado*. Sexta edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961.

■ ~ como orden marco

La Constitución entendida como orden marco se refiere a su comprensión como un conjunto de normas imperativas que prescriben mandatos y prohibiciones, dentro de cuyo contorno –es decir, lo no obligatorio– los poderes públicos, y en especial el legislador, tienen discrecionalidad para tomar decisiones políticas y optar por valoraciones diversas. Este espacio de discrecionalidad, en el que no hay nada ordenado ni prohibido, constituye el “margen de acción” con que cuenta el legislador para tomar sus decisiones políticas.

Robert Alexy lo señala de la siguiente forma: “La metáfora del marco puede ser precisada (...) de la siguiente manera: el marco es lo que está ordenado y prohibido. Lo que se confía a la discrecionalidad del legislador, o sea, lo que no está ordenado ni prohibido, es aquello que se encuentra en el interior del marco”.

Esta idea de Constitución como orden marco es opuesta a la idea de que el ordenamiento jurídico sería tan solo el mero desarrollo de las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental, como si esta fuese una especie de “cigoto jurídico” o “huevo jurídico originario”, a partir de cuyo contenido surge y se despliegan todas las demás normas (Forsthoff).

■ Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. En: *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- **FORSTHOFF, Ernst.** *El Estado en la sociedad industrial*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

■ ~ como orden fundamental

La idea de Constitución como orden fundamental destaca que en esta se deciden asuntos sustanciales para la comunidad. De esta forma, la Norma Fundamental, además de establecer márgenes de acción (es decir, ser un orden marco) es también concebida como el fundamento axiológico, cultural y político del ordenamiento jurídico y de la vida social.

Ahora bien, este modelo es el que Alexy denomina “concepto cualitativo”

de orden fundamental, y que es compatible con la idea de orden marco. Sin embargo, existe un “concepto cuantitativo de Constitución como orden fundamental”, que sería el exactamente opuesto al de orden marco y afirmarí­a que no existe decisi­ón que quede a discrecionalidad del legislador, sino que este ú­nicamente debe ejecutar o desarrollar lo que la Constitución prescribe; con ello, desde esta concepci­ón se entiende que el ordenamiento jur­idico viene decidido todo él, de antemano, por la Constitución. A esta forma de entender la Constitución es a la que Forsthoff denominó, irónicamente, como “huevo jur­idico”, del que todo surge, “desde el Código Penal hasta la ley sobre fabricaci­ón de termómetros”.

■ Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** “Ep­ilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. En: *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edici­ón, Centro de Estudios Pol­iticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- **FORSTHOFF, Ernst.** *El Estado en la sociedad industrial*. Instituto de Estudios Pol­iticos, Madrid, 1975.

■ ~ procedimental

El modelo procedimental de Constitución contendría solo reglas formales sobre competencias y procedimientos, sin mandatos o prohibiciones sustanciales que constriñan la actividad del poder pol­itico. Desde esta perspectiva, el poder público –en especial el legislador– tendría un ampl­isimo margen de acci­ón, y su límite básicamente sería

el respeto de los cauces formales o procedimentales que se hayan establecido con ese propósito. Asimismo, si algunos límites normativos pueden fijarse para al resultado de estos procedimientos, estos podrían referirse tan solo a la conservaci­ón o perfeccionamiento del propio procedimiento democrático.

Además, desde este modelo de Constitución se considera que la funci­ón de los tribunales constitucionales debería restringirse a garantizar el correcto funcionamiento de los mecanismos que permiten formar la voluntad pol­itica colectiva, es decir, los procedimientos que permiten la deliberaci­ón en el Parlamento y en diversos espacios públicos que permiten conformar consensos y compromisos. De esta forma, los tribunales harían las veces de guardianes de los procedimientos democráticos, garantizando la limpieza de los canales de participaci­ón, pero sin defender contenidos materiales, pues ello quedaría en manos de los legisladores.

■ Bibliografía consultada

- **AGUILÓ, Josep.** *La Constitución del Estado Constitucional*. Temis-Palestra, Bogotá, 2004.
- **ELY, John Hart.** *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

■ ~ histórica

A lo largo del tiempo, diversos textos y prácticas constitucionales van dando contenido e identidad a las instituciones que contienen nuestras

constituciones. Efectivamente, poco a poco se han ido afirmando ciertos rasgos de identidad o elementos que dan singularidad a nuestras instituciones constitucionales, constatándose la presencia de algunos elementos invariables o reiterativos que, precisamente, constituyen nuestra “Constitución histórica”.

A decir de Domingo García: “Existen ciertas invariantes, referidas a instituciones, que nacieron en determinado momento y que luego se han ido desarrollando a través de diversas acciones en un largo periodo. Estas son líneas de tendencia que tienden a la repetición y a la acumulación, sobre todo en lo referente a las instituciones: ellas constituyen lo que llamamos ‘Constitución histórica’”.

Con Pedro Planas, además, diríamos que nuestras constituciones reconocen implícitamente las prácticas constitucionales históricas y que consagran modelos constitucionales gestados a través de años, los cuales han buscado adecuarse a nuestra realidad. Por ello, un cabal entendimiento de la Constitución requiere que conozcamos nuestra propia historia constitucional así como reflexionar sobre el origen y el fundamento de nuestras instituciones republicanas.

Bibliografía consultada

- **GARCÍA BELAUNDE, Domingo.** *La Constitución y su dinámica*. Segunda edición, Palestra, Lima, 2006.
- **PLANAS SILVA, Pedro.** *Rescate de la Constitución*. Abril, Lima, 1992.

■ ~ cultural

La Constitución cultural –de manera análoga a la expresión Constitución económica– se refiere al tratamiento que hace la Norma fundamental sobre la cultura, los artefactos y las manifestaciones culturales. El profesor Peter Häberle utiliza además las expresiones “cultura en la Constitución” y “Derecho Constitucional de la cultura” refiriéndose a “aquellos artículos de Derecho constitucional que versan sobre aspectos culturales y que comprenden la suma de cuantas disposiciones de carácter constitucional regulan sensu stricto la materia (...)”

Respecto al contenido de nuestra Constitución cultural, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que este conjunto de disposiciones “constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra Constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias” (STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC).

■ Bibliografía consultada

- **HÄBERLE, Peter.** *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid, 2000, p. 28.
- **PIZZORUSSO, Alessandro.** *Lecciones de Derecho Constitucional*. Vol. I, CEC, Madrid, 1984.

- **RUIZ MIGUEL, Carlos.** "El constitucionalismo cultural". En: *Cuestiones Constitucionales*. N° 9, UNAM, México D.F., julio-diciembre de 2003.

■ Criterios de interpretación de la ~

Ver: Interpretación constitucional.

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Ver: Régimen económico.

CONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo es una palabra polisémica. En un sentido, se refiere al movimiento o tendencia que surge con las revoluciones constitucionales de fines del siglo XVIII (con antecedentes en el constitucionalismo inglés del siglo XVII) y se prolonga hasta hoy. En un segundo sentido, constitucionalismo se entiende como la técnica o ideología que, mediante cartas constitucionales, buscan limitar y controlar el poder así como asegurar la salvaguarda de los derechos humanos esenciales. En un tercer sentido, se refiere a las doctrinas vinculadas al Derecho Constitucional, o al estudio de estas.

Teniendo en cuenta el primer sentido, el constitucionalismo surge con los movimientos constitucionales vinculados a las Revoluciones Francesa y Estadounidense, y ha evolucionando tomando distintas formas y contenidos, a través de diversos movimientos constitucionales o "constitucionalismos" (en plural). Tal es el caso de los

constitucionalismos liberal, social o democrático; o de los constitucionalismos alemán, estadounidense, francés o sudafricano. Al respecto, se toma en cuenta las constituciones de Estados Unidos (1787) y Francia (1791) como punto de partida del constitucionalismo porque estas ya contenían los rasgos que, en adelante, caracterizarán a las normas que constituyen el orden político de una comunidad, tales como ser escritas, haber sido dadas o aprobadas por el pueblo constituyente, y garantizar derechos básicos así como la separación y control de los poderes.

Considerando el segundo sentido, la expresión constitucionalismo evoca tanto una técnica como una ideología, ambas orientadas a asegurar la limitación de poder y la garantía de los derechos a través de normas constitucionales. En efecto, en un sentido bastante difundido, se entiende por constitucionalismo a la ideología o técnica encaminada a garantizar, entre otros, el control y equilibrio del poder político; la maximización de las libertades individuales; afirmación de los valores comunitarios; el pluralismo, tolerancia y respeto a las minorías, etc.

Respecto al tercer sentido, menos riguroso que los anteriores, por constitucionalismo se entiende al cultivo del Derecho Constitucional como específica disciplina del Derecho; sea a nivel doctrinario, teórico o de actividad dogmática. De esta noción amplia de constitucionalismo se desprende la voz "constitucionalista", que sería el difusor, estudioso o especialista del Derecho Constitucional.

■ Bibliografía consultadas

- **BARBERIS, Mauro.** *Ética para juristas.* Trotta, Madrid, 2008.
- **SALAZAR UGARTE, Pedro.** *La democracia constitucional. Una radiografía teórica.* Fondo de Cultura Económica - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2008.

■ ~ liberal

En sus orígenes (s. XVIII), el constitucionalismo estuvo basado en el pensamiento político liberal; por ello el primer movimiento constitucional es denominado constitucionalismo liberal. Este constitucionalismo se encuentra representado sobre todo por las primeras constituciones pos-revolucionarias, principalmente la francesa y la norteamericana.

El constitucionalismo liberal estuvo basado en postulados individualistas, en la doctrina del contrato social y en el Derecho natural –de cuño sobre todo racional–, los que sirvieron para oponerse al discurso monárquico de entonces y para proponer una organización social distinta.

En resumidas cuentas, en este constitucionalismo:

Se considera al individuo como actor principal de la vida social y artífice racional de su propio destino.

Se produce la positivización de las libertades y los derechos fundamentales, y se instauran importantes garantías. Surgen algunos de los denominados derechos de “primera generación”, que constituyen especie de “esferas de libertad” (por ejemplo, se reconocen las libertades individual

o física, de religión y culto, de asociación, de tránsito, de expresión e imprenta, etc.).

Existe un marcado naturalismo en la justificación de los derechos, las libertades, el ordenamiento estatal, etc.

Se reconoce, institucionaliza y asegura las pretensiones de los sectores de avanzada económica e intelectual (burguesía), frente al resto de grupos sociales.

Se exagera de la dicotomía Estado-sociedad, por lo que se promueve la neutralidad y abstencionismo del Estado, permitiéndose el despliegue de las libertades. Existe una distinción fuerte entre los ámbitos público y privado.

Se produce la división de poderes y se racionaliza el poder político. El constitucionalismo liberal es concebido como una técnica de control del poder.

Surge el denominado “Estado de Derecho”: se persigue el imperio de la ley, así como la legalidad en el comportamiento de la Administración y de la jurisdicción.

■ ~ democrático

El constitucionalismo democrático estuvo ya presente en el proceso revolucionario del siglo XVIII, aunque fue abandonado en beneficio de los grupos de avanzada económica (burguesía), consolidándose con ello el Estado liberal. Este constitucionalismo promueve que el poder político se distribuya entre la población y fomenta que esta participe

directamente en los asuntos públicos, procurando que quede en manos de la ciudadanía las decisiones políticas que les afecta.

El constitucionalismo democrático tiene varios hitos. Uno primero lo encontramos en las revoluciones constitucionales iniciales, pues el poder político fue ganado para la sociedad civil, la ciudadanía en general. Otros, igualmente importantes, son la extensión del voto -inicialmente censitario y restringido a hombres cultos- hasta lograr su universalización en la mayoría de países; la constitucionalización e implementación de los llamados mecanismos de democracia directa -como el referéndum, las iniciativas legislativas y las revocatorias de autoridades-; y, desde una perspectiva más amplia, la caída de distintos regímenes autoritarios y totalitarios tras la Segunda Gran Guerra, así como la desaparición de gran parte del socialismo real y la democratización de América Latina, instaurándose sistemas democráticos de creciente intensidad en diferentes partes del mundo, lo que ha sido considerado como una auténtica "ola democratizadora" (Huntington).

Haciendo un recuento de las características de este constitucionalismo democrático, tenemos que:

1. Se considera valiosa la participación de la población (ciudadanos) en el ejercicio y el control del poder político. La legitimidad de este poder y los límites de su ejercicio provienen del pueblo y de los ciudadanos.
2. Implica el reconocimiento de derechos políticos varios. Entre ellos destacan los vinculados al sufragio (voto igual, universal, secreto), a la democracia representativa (derecho a elegir y ser elegido, constitucionalización de los partidos, prerrogativas funcionales) y a la democracia directa (consultas, control e iniciativas populares).
3. Se extiende la titularidad de los derechos fundamentales políticos hacia minorías y sectores excluidos de la sociedad, como los analfabetos, los sectores pauperizados y las mujeres.
4. Se mejoran los canales de participación e intercambio entre los ciudadanos y el Estado. La libertad es entendida no solo como no interferencia estatal, sino también en sentido positivo, como participación activa en los asuntos públicos.
5. La racionalización del poder estatal incorpora mecanismos vinculados con la distribución del poder y con su fiscalización en manos de la ciudadanía.
6. En la práctica, el constitucionalismo democrático quedó estrechamente vinculado al constitucionalismo liberal, originándose así el denominado "Estado democrático liberal".

■ ~ social

Como consecuencia de las condiciones sociales y económicas críticas luego de la exacerbación de la industrialización (inicios del s. XX), las poblaciones reclamaron que se

solivianten las inmensas diferencias realmente existentes a través de la acción comprometida del Estado con la causa de los desposeídos y los socialmente débiles, generándose derechos de prestación. Con ello, se buscó superar la insuficiente igualdad formal poniéndose énfasis en la igualdad real o material, a efectos de paliar los conflictos existentes y evitar el surgimiento de auténticas revoluciones.

El constitucionalismo social vino acompañado de una serie de convulsiones y acontecimientos de trascendencia histórica; entre ellos, tenemos la finalización de la Primera Guerra Mundial (finales de 1918); la Constitución de Querétaro (1917), hija de la Revolución Mexicana; la Revolución Rusa de los bolcheviques (1917); la República y Constitución de Weimar (1918-1919) y, algún tiempo más tarde, la quiebra de la bolsa de valores estadounidense (*crack* de 1929) y la gran depresión recesiva (*big deep*), que desembocarán en la política del “nuevo pacto” (*New deal*) y en la implementación del “Estado de bienestar” (*Welfare State*) a partir de los años treinta.

El constitucionalismo social puede ser caracterizado de la siguiente manera:

1. Se busca trascender al individualismo en aras del bienestar colectivo de los sectores desfavorecidos, basado en una realización verdadera (y no solo formal) de la igualdad.
2. Se implementan los derechos sociales a nivel constitucional y legal conforme a las demandas sociales (aunque posteriormente

se evidencia dificultades para responder prontamente a un gran número de los requerimientos sociales reconocidos). Entre estos derechos de prestación están, por ejemplo, los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda digna, etc.

3. El Estado democratiza el acceso a los servicios y se establecen nuevas garantías y principios públicos.
4. El Estado interviene activamente en la vida social, controlando, regulando y compensando las inequidades existentes.
5. A pesar del crecimiento del Estado, este se encontrará siempre sometido al Derecho. En el “Estado Social de Derecho” que surge el poder permanece limitado, así como garantizados los derechos y libertades fundamentales.

■ ~ contemporáneo

El constitucionalismo contemporáneo –también llamado “neoconstitucionalismo”– surge tras la Segunda Gran Guerra como respuesta a las atrocidades cometidas por los regímenes fascista y nazi, así como al positivismo jurídico y su pretendida neutralidad valorativa; caracterizándose por la prevalencia de la persona humana y su dignidad frente a otros bienes valiosos.

Este constitucionalismo tiene como forma de Estado al “Estado Constitucional”, que puede distinguirse de la denominación agregativa Estado democrático y social de Derecho, expresión que alude más bien a una compilación de contenidos de los

movimientos constitucionales precedentes, y no a un nuevo paradigma o matriz jurídico-constitucional.

Los rasgos definitorios del constitucionalismo actual (y del Estado Constitucional) son:

- (1) El constitucionalismo contemporáneo es decididamente personalista. Expresado de otra forma, es “antropocéntrico”: el Estado está al servicio de la persona y no al revés. El constitucionalismo actual consagra a la persona como fin y a su dignidad como valor y principio rector.
- (2) Se produce la positivización de los derechos fundamentales a nivel constitucional, a través de extensos “catálogos” de derechos.
- (3) El Estado Constitucional es eminentemente democrático, se sustenta en el poder constituyente del pueblo y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.
- (4) Se produce la constitucionalización del ordenamiento, es decir, la penetración o presencia de las normas y los valores constitucionales en las distintas ramas del Derecho y en la vida social misma.
- (5) La Constitución adquiere fuerza normativa. Se le considera fuente del Derecho y base de todo el ordenamiento jurídico, tanto en sentido formal como material.
- (6) El contenido de las constituciones evidencia un pluralismo valorativo. Las Cartas Fundamentales acumulan valores varios y recogen expectativas de fuerzas políticas e intereses sociales distintas.

(7) El contenido de las constituciones es ambiguo e indeterminado, lo que demanda la especial interpretación de su texto, que es encargada principalmente a los jueces. Por ello, son características de las actuales constituciones la presencia de abundantes normas con estructura de principio, la judicialización de los conflictos constitucionales y la necesidad de justificación argumentativa:

(8) Las constituciones contemporáneas son constituciones culturales: no solo traducen una cultura constitucional concreta, sino permiten la integración en valores constitucionales y cívicos (patriotismo constitucional), y reconocen y tutelan las singularidades culturales de cada Estado.

Bibliografía consultadas

- **SOSA SACIO, Juan Manuel.** *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional.* Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- **SOSA SACIO, Juan Manuel.** “Nuestros constitucionalismos”. En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales.* Juan Manuel Sosa (coordinador). Gaceta Jurídica, 2009, Lima.

Voces relacionadas: Neoconstitucionalismo.

CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO

La noción de *contenido* nos remite a la existencia de un ámbito que se encontraría “dentro” y otro que se encontraría

“fuera” de un determinado bien jurídico. En el caso de los derechos fundamentales, la determinación de su *contenido* presupone la existencia de un ámbito que gozaría de la protección o el respaldo de la norma de derecho fundamental y, correlativamente, de otro que carecería de tal protección.

Ahora bien, es preciso señalar que la existencia misma de un “contenido” no es algo aceptado unánimemente, e incluso, entre quienes sostienen que sí existe, tampoco existe acuerdo acerca de si este contenido ya está preestablecido y por lo tanto puede definirse a priori, o si en cambio requiere necesariamente de un ejercicio de interpretación previo en función de cada caso concreto, que considere –entre otras cosas– todos los demás principios jurídicos involucrados, las circunstancias fácticas de cada caso concreto, las reglas de precedencia que ha ido incorporando la jurisprudencia constitucional en casos anteriores, y que, por lo tanto, se trata de un contenido que se va construyendo progresivamente.

Con todo, puede entenderse que el *contenido* de un derecho fundamental sería el conjunto de todas aquellas posiciones jurídicas de ventaja (facultades, garantías, inmunidades, posibilidades de actuación, etc.) que pueden ser adscritas a una determinada interpretación de un derecho fundamental y que, juntas, delimitan su ámbito material. Sin embargo, no todas esas posiciones derivarían directamente de la norma constitucional y, por tanto, no todas ellas formarían parte del “contenido constitucionalmente protegido” del derecho fundamental. Ello, porque existirían ciertos derechos cuya configuración es encargada por

la Constitución al legislador –los llamados *derechos de configuración legal*–, existiendo en ellos solo un mínimo de posiciones jurídicas garantizadas constitucionalmente. Esto no significa que todas ellas, en conjunto, no puedan adscribirse a la norma de derecho fundamental, sino que el legislador tendría la facultad de modificarlas o sustituirlas para optimizar la protección del derecho de que se trate. Asimismo, solo aquellas posiciones que formen parte del “contenido constitucionalmente protegido” podrían ser tuteladas mediante los procesos constitucionales de la libertad (como por ejemplo, el proceso de amparo), mientras que las demás tendrían que ser tuteladas mediante los mecanismos ordinarios previstos en el ordenamiento procesal para la defensa de derechos de origen legal.

Finalmente, frente a los que consideran que el contenido de un derecho fundamental es único, hay quienes conciben la existencia de diversos contenidos: *esencial*, *no esencial* y *adicional*, de modo que solo los dos primeros formarían parte del “contenido constitucionalmente protegido”.

Ver: la voz “Contenido esencial”.

■ Determinación del ~

La caracterización abstracta de lo que significa el “contenido constitucionalmente protegido” de un derecho fundamental no es suficiente para saber si una determinada facultad de actuación está “dentro” de tal contenido y, por lo tanto, si está protegida por la norma de derecho fundamental, lo cual resulta necesario para evaluar si una intervención

sobre ella es legítima o ilegítima. Ello, porque existe una estrecha relación a nivel teórico, entre la determinación del contenido de los derechos fundamentales, por un lado, y la existencia de límites a su ejercicio y de los criterios para establecer dichos límites, por otro.

Existen dos grandes posturas con relación a los límites que pueden imponerse al contenido de los derechos fundamentales, que responden a una distinta manera de concebirlos. Se trata de las teorías *interna* y *externa* de los límites, las cuales difieren básicamente en la manera en que consideran que dicho contenido debe determinarse, y a la ubicación *externa* o *interna* de sus respectivos contornos o límites.

Teoría de los límites internos al ~

De acuerdo con esta teoría, sostenida –entre otros– por el profesor español Ignacio De Otto y Pardo, todo derecho fundamental tendría sus propios límites o contornos, que vendrían determinados desde la propia Constitución, y que definirían su contenido constitucionalmente protegido sin necesidad de acudir a ningún elemento externo. Así, desde este punto de vista, “la configuración constitucional de los derechos determina en ellos sus límites, entendidos de este modo como ‘límites inmanentes’, esto es, como restricciones connaturales o propias al derecho”.

Como consecuencia de ello, para esta postura las situaciones que

aparentemente se presentan como colisiones entre derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente legítimos, y que exigirían la *limitación* de alguno de ellos, serían en realidad problemas de *delimitación* conceptual de sus respectivos contenidos o, en todo caso, conflictos entre pretensiones. En esa misma línea, la protección de un derecho fundamental no exigiría la limitación externa de otro, ni de algún bien constitucionalmente protegido, porque la facultad que es objeto de protección no pertenecería a su ámbito material y, por lo tanto, mal podría pensarse que es necesario limitarlos para excluirla.

Para comprender mejor esta postura, puede acudirse a un ejemplo. Imaginemos a unos padres que se niegan a aceptar una transfusión de sangre que es necesaria para la vida de su hijo, alegando que ello viene impedido por las creencias religiosas que ellos profesan. Para los defensores de la teoría de los límites internos, este caso no debiera afrontarse como una colisión entre la libertad religiosa y el derecho a la vida del niño, *limitando* la primera para otorgar prevalencia a este último. Más bien, una decisión adoptada en el sentido de permitir la transfusión de sangre se derivaría de la *delimitación* previa del contenido de ambos derechos, para llegar a concluir que dicha transfusión sería una exigencia derivada del derecho a la vida del niño, por lo que no podría ampararse como una manifestación válida de la libertad religiosa de sus padres, careciendo por ello de protección constitucional.

Finalmente, cabe señalar que bajo esta teoría subyace una concepción de los derechos fundamentales como realidades con un contenido limitado desde la propia Constitución, cuyos límites deben ser “descubiertos” por el intérprete, lo que determina una visión diferente de los mismos, que no se conciben como *externos* sino como *internos* o implícitos.

Delimitación del ~ de un derecho fundamental

Como hemos visto, para la teoría de los límites *internos* la idea de que los derechos fundamentales puedan colisionar entre sí y con otros bienes constitucionales resulta inconcebible, afirmando que cualquier conflicto resulta solo aparente y debe ser solucionado mediante una *delimitación* adecuada del contenido de los derechos en juego, a través de una exégesis de los preceptos constitucionales que los contienen y, a lo más, de una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución. Esta interpretación *delimitadora* debería realizarse de acuerdo a las siguientes pautas:

- i) Identificar el ámbito de la realidad al que alude el derecho en cuestión, para diferenciarlo de todo aquello que no podría estar incluido en el precepto constitucional, por ser ajeno a lo que este busca proteger.

Así, por ejemplo, respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados reconocido en el inciso

10 del artículo 2 de la Constitución peruana, habría que definir qué se entenderá por “comunicación privada” y “documento privado”, para establecer el ámbito de la realidad protegido por ese derecho.

- ii) Establecer el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho. Esto significa que hay que acudir al precepto específico que recoge el derecho, a fin de extraer de allí la información disponible acerca de la particular manera como se le ha configurado.

Por ejemplo, la inviolabilidad de domicilio reconocida en el inciso 9 del artículo 2 de la Constitución peruana, solo puede ser levantada con autorización del titular, mandato judicial o cuando existe flagrante delito o grave peligro de su perpetración, de lo cual podría deducirse que este derecho garantiza una protección casi absoluta en todos los demás casos.

Finalmente, y dado que esta postura considera teóricamente insostenible la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, no se recurrirá aquí a la aplicación del principio de proporcionalidad para ponderar derechos. En estricto, conjuntamente con la interpretación sistemática y unitaria aludida anteriormente, dicho principio servirá solo para valorar las circunstancias fácticas del caso, y para ayudar a definir los contornos del derecho.

Teoría de los límites externos al ~ de los derechos fundamentales

La teoría de los límites externos al contenido de los derechos fundamentales no niega la posibilidad de que el propio texto constitucional establezca ciertas pautas para su determinación -lo que dependerá de la manera como el derecho se configure en cada ordenamiento jurídico-, pero admite la posibilidad de que el contenido sea *limitado* como consecuencia de concurrir con otros derechos fundamentales y/o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Para esta postura, el contenido del derecho fundamental y sus límites pueden ser concebidos como categorías distintas y separadas entre sí, de manera que estos últimos aparecerían como “restricciones” externas al primero, las cuales serían necesarias para hacerlo compatible con los demás bienes constitucionales.

En otras palabras, desde esta perspectiva, la determinación de cuáles son las posiciones y facultades que integran definitivamente el contenido de un específico derecho fundamental dependería en una importante medida de las relaciones entre este y los demás derechos o bienes constitucionales con los que concurre, y es en este ámbito en el que se inserta el principio de proporcionalidad, como un criterio metodológico que permite articular los bienes constitucionales en juego o hacer explícito el punto hasta el cual admiten ser limitados. Otras variables que también contribuyen a establecer el contenido de los derechos fundamentales serían las normas

de derecho internacional ratificadas por el Estado en materia de derechos humanos, su configuración desde el propio texto constitucional, la función social que se le otorga, entre otras.

Cabe señalar que esta teoría reposa en una particular manera de concebir los derechos fundamentales como normas de principio o mandatos de optimización, cuyo cumplimiento debe efectuarse en un grado óptimo. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales serían, en principio y por su propia naturaleza, realidades jurídicas que tienden a expandirse de forma ilimitada y que necesitarían de restricciones externas solo por la necesidad de coexistir con otros derechos fundamentales (en principio también ilimitados y que a su vez se verían restringidos desde fuera) y otros bienes jurídicos, concurrencia que con frecuencia quedaría planteada en términos de colisión o conflicto.

Teoría del contenido propio de los derechos fundamentales

Ver: Teoría de los límites internos al contenido constitucionalmente protegido.

Bibliografía consultada

- **CORREA HENAO, Magdalena.** *La limitación de los derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2003.
- **DE OTTO Y PARDO, Ignacio.** “La diferencia entre limitación de los derechos y delimitación de su contenido”. En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo e Ignacio DE OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas, Madrid, 1988.

- **MEDINA GUERRERO, Manuel.** *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.* Mac Graw-Hill: Interamericana de España, Madrid, 1996.

CONTENIDO ESENCIAL

La noción de “contenido esencial” alude al ámbito protegido e inderogable de los derechos fundamentales. El término fue empleado por las constituciones alemana y española para hacer referencia al contenido de los derechos constitucionales que no puede ser transgredido al regularse su ejercicio. En efecto, la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1948) señala en su artículo 19 que mediante la emisión de leyes que restrinjan derechos “[e]n ningún caso se podrá afectar [su] contenido esencial”; mientras que la Constitución española (1978) prescribe que podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales “[s]olo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial”.

De esta forma, la garantía del contenido esencial surge básicamente como un límite para el legislador, con la finalidad de que este no vacíe de contenido o desnaturalice a los derechos al restringirlos o regularlos; en este sentido, se concibe al contenido esencial como un “límite de los límites”. Ahora bien, la idea de que los derechos tienen un contenido esencial, intangible, dio paso a la idea de que, por oposición, existe un ámbito que, aun formando parte del derecho, sí puede ser intervenido por la ley. A este ámbito se le denominó “contenido no esencial”, respecto del cual –como veremos luego– se han planteado diversas teorías acerca de bajo qué circunstancias y límites sería posible restringir o regular este ámbito de los derechos. Inclusive cierta

doctrina señala que en los derechos existe, además de los contenidos esencial y no esencial, un “contenido adicional”, cuyo rango es infraconstitucional y, por ende, resulta plenamente disponible por el legislador.

Ahora bien, no obstante que la noción nace originariamente como un ámbito indisponible e inderogable frente al legislador, lo cierto es que, teniendo en cuenta el valor material de los derechos, su rango constitucional y que detentan eficacia horizontal (es decir, que vinculan a los particulares), esta garantía no debe concebirse únicamente con respecto a la ley, sino a cualquier intervención injustificada o desmedida (desproporcionada), provenga del Estado, de los poderes privados o de otros ciudadanos.

En nuestro país, si bien nuestra Constitución no incluye la noción de “contenido esencial”, sí considera a la persona humana y a sus derechos como fines supremos de la sociedad y del Estado, por lo que sería imposible admitir que puede interferirse sin más en las libertades y derechos fundamentales de las personas. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado que el legislador peruano se encuentra implícitamente vinculado a no transgredir el “contenido esencial” de los derechos constitucionales, pues ello se desprende “de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario” (STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC y STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC).

No obstante lo anotado, debemos mencionar que la noción de “contenido esencial” ha sido duramente criticada y actualmente se encuentra algo desfasada. Esto, porque la constatación de que los derechos fundamentales tienen un

contenido que no puede ser transgredido no implica reconocer en ellos una singular porción llamada “contenido esencial”, que no puede ser transgredida, y otra en la que sí se puede intervenir. Por ello, resulta más conveniente aludir simplemente al “contenido” de los derechos, siendo indispensable justificar cualquier intromisión en este, acreditando a estos efectos (según la doctrina mayoritaria) que con ello se optimiza otros bienes constitucionales y se satisface el denominado examen de proporcionalidad.

■ Teoría relativa del ~

Esta teoría postula que cualquier intromisión irrazonable o arbitraria en los derechos resulta contraria a su contenido esencial. De esta forma, solo serían válidas –es decir, no afectarían el contenido esencial del derecho– aquellas medidas que superen los exámenes de razonabilidad y proporcionalidad, pues estas garantizan que las intervenciones a los derechos no sean arbitrarias o injustificadas.

Ya que el contenido esencial depende del análisis de razonabilidad y proporcionalidad, puede afirmarse que esta teoría postula una interpretación externa del contenido esencial (“desde fuera del derecho”), pues es necesario tomar en cuenta la intervención de bienes externos. Asimismo, para esta teoría no cabe la determinación en abstracto y *ex ante* del contenido esencial (por ejemplo, atendiendo a la naturaleza o finalidad del derecho); por el contrario, este siempre es un resultado *ex post*, como consecuencia de una intervención.

Por último, esta teoría señala que lo comprendido en el derecho luego del

examen de proporcionalidad debe ser considerado por igual “contenido esencial”, resultando intolerable cualquier restricción o desnaturalización de este ámbito garantizado. Así, los derechos fundamentales en todo momento podrían ser restringidos, pero únicamente hasta el límite de lo razonable y proporcional; más allá de este límite aparece el contenido esencial, espacio todo él irrestricto por igual.

■ Teoría absoluta del ~

Postula que en el contenido de todo derecho fundamental existe un espacio mínimo que identifica a la esencia misma del derecho, el cual no puede ser restringido, que es el “contenido esencial”. Así, en el contenido total de un derecho fundamental puede distinguirse una parte especialísima relacionada con la naturaleza intrínseca del derecho, que es irrestricta (“contenido esencial”, también llamada “núcleo duro”), y otra que sí puede ser limitada, pero justificadamente (llamada contenido “no esencial”); incluso se alude a uno “adicional”, de rango legal (o inferior) y que podría ser intervenido discrecionalmente por el poder público. Algunos autores representan estos contenidos bajo la forma de capas o círculos concéntricos, ubicándose en la parte central el “contenido esencial”, en la parte media el “no esencial” y en la externa el “adicional”.

Para esta teoría, el parámetro para evaluar las restricciones al derecho es el derecho mismo. Nos encontramos, entonces, ante una postura

interna del contenido esencial (“desde el derecho”), pues toda posible intromisión en el contenido de un derecho encuentra como último límite los elementos integrantes de este que resultan absolutamente indispensables para su reconocibilidad jurídica. Además, este contenido mínimo, que condensa la esencia del derecho, existe incluso aunque no existan intervenciones sobre su contenido, por ello puede determinarse *ex ante* cualquier medida restrictiva.

■ Teoría de los límites inmanentes y ~

Esta teoría sostiene que el contenido de todo derecho fundamental incluye sus propios límites; en esa medida, su contenido siempre surge limitado, reconociendo en su seno límites internos (propios de la esencia o finalidad del derecho) y límites externos (surgidos de otros derechos, principios o valores constitucionales) los cuales se armonizan a propósito de un caso específico. Como resultado de esta configuración habría un único contenido del derecho fundamental, el cual sería todo “esencial”; no existiría, por tanto, contenidos “accesorios” o “no esenciales” que formen parte del derecho y que puedan ser limitados. Es más, podría prescindirse de la expresión “contenido esencial” y, más bien, hacer alusión tan solo al “contenido del derecho”, a secas.

Ya que desde esta perspectiva todo el contenido del derecho constitucional es impenetrable, aquellos contenidos aparentemente “sacrificados” en los

casos concretos en realidad no formaban parte del derecho fundamental. Así, los supuestos “conflictos” entre derechos o bienes constitucionales son solo aparentes, pues lo que en realidad ocurre es que un derecho habría estado ejerciéndose correctamente, mientras que el otro no.

■ Teoría institucional y ~

La teoría institucional del contenido de los derechos fundamentales pretende conciliar la teoría absoluta con la teoría relativa del contenido esencial, como señala su propio autor, Peter Häberle. No obstante esto, también podría ser considerada como una de las primeras formulaciones doctrinarias sobre la teoría de los límites inmanentes.

En efecto, esta teoría plantea la existencia de un contenido mínimo que no puede ser transgredido (como señala la teoría absoluta), que en su seno concilia diversos bienes que deben ser equilibrados con otros de rango igual o superior (como sostiene la teoría relativa), con lo cual el contenido protegido de los derechos fundamentales incluye a sus propios límites (como afirma la teoría de los límites inmanentes).

En suma, esta teoría plantea que los derechos fundamentales tienen un contenido esencial e intangible, que surge limitado pues se determina teniendo en cuenta el conjunto de valores materiales que forman parte del ordenamiento constitucional. Así, tenemos que en el núcleo de todo derecho fundamental coexisten diversos bienes, los que performan su contenido inderogable.

Bibliografía consultadas

- **HÄBERLE, Peter.** *La libertad fundamental en el Estado Constitucional.* Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997.
- **MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis.** *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Tabla XIII editores, Trujillo, 2005.
- **MEDINA GUERRERO, Manuel.** *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales.* McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Estudios sobre derechos fundamentales.* Editorial Debate, Madrid, 1990.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República es un órgano constitucionalmente autónomo previsto en la Constitución Política del Perú de 1993. Como tal, tiene independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones, y se le reconoce el carácter de entidad descentralizada de Derecho Público. La Contraloría General de la República (en adelante CGR) es la entidad que se encarga de tutelar y garantizar el funcionamiento del Sistema Nacional de Control, en la medida que ha sido instaurado como el órgano rector-superior para dicho sistema, según el artículo 82 de la Carta Magna.

Se debe entender al Sistema Nacional de Control, como un conjunto de órganos de fiscalización, así como de normas, métodos y procedimientos, que han sido estructurados de forma conjunta con la finalidad de conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental descentralizadamente. Ello supone controlar todas las actividades y acciones de

carácter administrativo, presupuestal, operativo y financiero de diversas entidades, lo que comprende también al personal que presta servicios en ellas.

Más específicamente, ello implica que las disposiciones y normas que emita la CGR sean aplicables a todas las entidades sujetas a control por el sistema, independientemente del régimen legal con el que operen. De manera general, podemos decir que las entidades a ser controladas por la CGR son el Gobierno Central y sus órganos; los Gobiernos Regionales y Locales; las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público; los órganos constitucionalmente autónomos; los organismos reguladores; así como las empresas estatales, o entidades privadas y externas vinculadas al uso o administración de recursos y bienes del Estado.

Se puede resumir las funciones constitucionalmente asignadas a la CGR en cuatro facultades básicas: a) presentar anualmente el informe de auditoría practicado a la Cuenta General de la República (artículo 81 de la Const.); b) supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (art. 82 de la Const.); c) realizar el control para que los fondos destinados a cubrir los requerimientos logísticos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional se dediquen exclusivamente a dicho fin (artículo 170 de la Const.); y, d) tener iniciativa legislativa en materia de control (artículo 107).

Estas funciones constitucionales que tiene la CGR le permiten desarrollar una serie de facultades y competencias que

son reguladas de forma específica por su ley orgánica, como tener acceso ilimitado a los registros o documentos de dichas entidades, requerir información a particulares vinculados con las mismas, ordenar que los órganos del Sistema de Control realicen las acciones de fiscalización que sean necesarias, o disponer el inicio de las acciones legales que considere pertinente, entre otros.

La dirección de la entidad recae en el Contralor General, que es la máxima autoridad del ente, y cuya designación está en manos del Congreso de la República, previa propuesta del Poder Ejecutivo. Su periodo de elección para el cargo es de 7 años, y excepcionalmente puede ser removido por el mismo Congreso de la República por falta grave.

Bibliografía consultadas

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio Introductorio, legislación, jurisprudencia e índices.* Segunda edición, Palestra, Lima, 2006.

CONTRATO-LEY

La figura del contrato-ley (o “convenio de estabilidad jurídica”) se enmarca dentro de las medidas que puede dictar el Estado para incentivar la realización de determinadas actividades –consideradas de especial importancia– a fin de poder cubrir determinado sector de la demanda o permitir que dichas actividades puedan seguirse llevando a cabo (por la imposibilidad del Estado de continuar llevándolas a cabo).

En suma, se trata de una expresión de la posibilidad de actuación del Estado mediante el “fomento”, dirigiendo la acción

de los particulares hacia un comportamiento económico concreto, por considerar dicha actividad de interés general, lo que efectúa mediante el otorgamiento de distintos tipos de incentivos, anteriores, simultáneos o posteriores a la realización de la actividad que se promueve, y que pueden tener carácter honorífico, económico o jurídico.

En el caso peruano, la regulación constitucional de esta materia, en el segundo párrafo del artículo 62, habilita a que el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, pueda “establecer garantías y otorgar seguridades”, otorgándoles el carácter de “intangibles”, por lo que al suscribir el contrato-ley, el Estado y su contraparte contratante se someten plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió dicho acuerdo (STC Exp. N° 005-2003-AI/TC). Ello implica, a modo de ejemplo, exoneraciones o inafectaciones tributarias, o inaplicación de determinada modificación en el marco impositivo vigente o en determinados dispositivos legales.

En cualquier caso, para entender los alcances de esta figura, debe tenerse presente que en el ordenamiento jurídico peruano ella surge primero con rango legal, en el contexto de un Estado que busca incentivar la inversión privada nacional y extranjera (mediante los Decretos Legislativos N° 662 y 757). Sin embargo, su reconocimiento en la Constitución de 1993 tiene especial importancia, pues permite que esta figura no se encuentre a merced de los eventuales cambios legislativos, sino que se requiera incluso de una modificación constitucional para eliminarla o cambiar las pautas básicas que le han sido atribuidas por la Carta Constitucional.

Un debate que se ha generado en relación con esta figura es respecto de su naturaleza jurídica, que ha llevado a atribuirle carácter de contrato civil (por constituir un pacto entre 2 partes para el cumplimiento de determinadas prestaciones recíprocas), un contrato administrativo (por ser una de las partes el Estado, provisto de determinadas prerrogativas), o si el régimen jurídico aplicable depende del contenido específico y las cláusulas del referido contrato.

Sin embargo, independientemente de la naturaleza jurídica por lo que uno se decante, debe tenerse presente que el contenido de este tipo de contratos debe referirse a materias de interés público, general o que, en todo caso, excedan el interés estrictamente privado, en aplicación sistemática de los artículos 62 de la Constitución y 1357 del Código Civil. No obstante, este contenido no se limita a regímenes de estabilidad jurídica o tributaria, sino que puede incluir otras condiciones o fórmulas como “garantías” o “seguridades” (con carácter intangible), pues lo contrario implicaría desnaturalizar esta figura y que no logre su finalidad: atraer las inversiones privadas de capital hacia actividades que el Estado considere insuficientemente desarrolladas, según los planes y objetivos de su política económica (STC Exp. N° 005-2003-AI/TC).

Bibliografía consultada

- **PARADA, Ramón.** *Derecho Administrativo I. Parte General*, octava edición. Madrid, Marcial Pons, 1996.
- **ZEGARRA VALDIVIA, Diego.** *Los contratos de estabilidad jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, 1997.

CONTRATO SOCIAL

Thomas Hobbes y Jean Jacques Rousseau son considerados, junto a John Locke, como los grandes clásicos del iusnaturalismo moderno. Estos dos primeros han pasado a la historia como inspiradores y partidarios de dos tipos opuestos de Estado, autocrático y democrático respectivamente, aunque, como acabamos de decir, ambos parten de un semejante esquema conceptual. El punto de partida de la idea de contrato social se podría situar en la teoría política de Thomas Hobbes, cuyos pilares se asientan en la idea de: a) un *individuo* en estado de naturaleza egoísta que busca su propio placer y en estado de guerra permanente; y, b) un *contrato social* al que arribará conducido por su *razón* a fin de asegurar mejor su conservación. Lo esencial de estas ideas se extiende, entre otros, a Locke y Rousseau, siendo la doctrina de este último la más aceptada por los revolucionarios franceses, motivo por el cual la desarrollaremos con mayor extensión junto a la propuesta hobbesiana.

En efecto, para estos filósofos el estado de naturaleza es un estado de individuos aislados que viven al margen de cualquier tipo de organización social y, por tanto, es un estado de libertad e igualdad, o de independencia recíproca. Sostener esto último (libertad e igualdad) podría parecer opuesto a la visión hobbesiana del “hombre lobo del hombre”, sin embargo, debemos aclarar que la contraposición *hombre natural malo - hombre natural bueno*, que se extrae de las fórmulas de Hobbes y Rousseau, respectivamente, no implica contradicción alguna con la afirmación inicial, que por lo demás, es independiente de estas calificaciones. Lo que interesa destacar aquí

es que este tipo de estado de individuos libres e iguales constituye, precisamente, la condición previa necesaria para cualquier posición contractualista. Además, sirve de sustento a la afirmación iusnaturalista de que el estado de naturaleza es la sede de los derechos individuales naturales, a partir de los cuales se constituye, de diferentes maneras y con diversos resultados políticos, la sociedad civil.

En la perspectiva dicotómica de Hobbes (estado de naturaleza-sociedad civil) como en la tricotómica de Rousseau (estado de naturaleza-sociedad civil-república), se presenta un momento negativo: en el que reinan las pasiones y la lucha permanente en ausencia de un orden y poder común (estado de naturaleza de Hobbes); o, en el que la libertad e igualdad, típicas del estado de naturaleza, se encuentran transformadas y desnaturalizadas (sociedad civil de Rousseau). Surge, entonces, la imperante necesidad racional de superarlo, es decir, de salir de ese estado, y con ello también la idea del *contrato social* como el puente que permite pasar de un estado negativo a un estado positivo en busca de condiciones que permitan garantizar esa libertad e igualdad, bajo una nueva forma. Si esto es así, el *consentimiento* vendrá a constituirse en el único principio de legitimación de las sociedades políticas.

Para Rousseau, la persona pública formada por la unión de individuos a través del contrato social se llama soberano cuando se la considera en su actividad. Esto significa que el soberano es el entero cuerpo del pueblo en cuanto legislador, en cuanto fuente del Derecho. Ahora bien, la ley es expresión de la

voluntad. Por eso Rousseau puede decir que la soberanía no es nada menos que el ejercicio de la voluntad general (contrato social). Y siendo la ley el objeto de la voluntad general, que jamás debe apuntar a lo particular sino siempre a lo general, al obedecerla el ciudadano es libre. Para Rousseau, la convención es el fin mismo, es el modo de existencia de la unidad política, el modo en que las voluntades libres se relacionan unas con otras. Es la voluntad general o la ley. Rousseau identifica soberanía, legalidad y legitimidad.

Bibliografía consultada

- **BOBBIO, Norberto.** *Estudios de historia de la filosofía.* Debate, Madrid, 1991.
- **COPELSTON, Frederick.** *Historia de la filosofía.* Quinta edición, Ariel, Barcelona, 2004.
- **FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F.** *Hobbes y Rousseau, entre la autocracia y la democracia.* Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- **VILLAVARDE, José M.** *Rousseau y el pensamiento de las luces.* Tecnos, Madrid, 1987.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Es corriente afirmar que el origen del control de constitucionalidad se sitúa en la célebre sentencia *Marbury vs. Madison* (1803), del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la que el juez Marshall formulara su famosa tesis de que, si la Constitución era verdaderamente la norma suprema del ordenamiento jurídico, entonces todo juez debería inaplicar las leyes que contrarioran su contenido.

Pero la filosofía del control de constitucionalidad de la ley (*judicial review*) no se agota en su consideración como una simple consecuencia lógica de la supremacía normativa de la Constitución. Por encima de ello, en realidad, se encuentra la limitación al legislador democrático que supone ese control “externo” ejercido por los tribunales, los que se encuentran habilitados para inaplicar una ley que, no obstante haber sido aprobada democráticamente, infringe algún contenido constitucional que resulta “indisponible” al poder de las mayorías.

El modelo del control de constitucionalidad de la ley (sea en su versión americana de control difuso, o europea de control concentrado) se ha expandido exitosamente en la mayor parte de sistemas jurídicos contemporáneos. Lo cierto, sin embargo, es que paralelamente a esta difusión han surgido algunas voces que reclaman la superior idoneidad del ámbito legislativo como foro para la discusión sobre los derechos que la Constitución reconoce de un modo abierto e indeterminado. Esta es, precisamente, la denominada objeción democrática al modelo del control constitucional de las leyes.

■ Objeción democrática al ~

La objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes tiene en Alexander Bickel a uno de sus primeros y principales representantes (cuya obra cumbre, *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, data de 1962). Para este autor, el control judicial de las leyes resulta antidemocrático por la sencilla razón de que dicho mecanismo permite que los jueces tuerzan

la voluntad de los representantes del pueblo, pese a que aquellos no son electos en las urnas y, consecuentemente, no tienen la obligación de rendir cuentas de sus actos. Siguiendo esta corriente, otro importante autor, como lo es John Ely, en su obra *Democracy and Distrust* (1980), plantea que la única función relevante de los jueces debiera ser garantizar la regularidad de los procedimientos de discusión democrática, antes que los valores inscritos en la Constitución. Finalmente, el neozelandés Jeremy Waldron, en su obra *Derechos y Desacuerdos*, postula que frente a los inevitables desacuerdos en torno a los derechos que pueden surgir en una sociedad plural, y ante la necesidad de adoptar decisiones colectivas, solo cabe confiar en el derecho de participación política en pie de igualdad (que califica como “el primer derecho”). En suma, y en apretada síntesis, podríamos decir que la objeción democrática confía en el mayor “valor epistémico” que ostenta el procedimiento democrático, con relación al modelo del control judicial de constitucionalidad de la ley, pues aquel permite la participación de todos (y no solo de una élite de toga) en la deliberación de los asuntos públicos que afectan al ejercicio de los derechos.

■ Respuesta a la objeción democrática al ~

La caracterización del modelo de control constitucional de la ley, a la manera de un poder “contra-mayoritario”, ha permitido apreciar no solo algunas contradicciones en el discurso de la objeción democrática,

sino también afianzar las ventajas comparativas que reditúa aquel modelo en un contexto de creciente deslegitimación del poder político frente a los reclamos de las minorías. Así, por ejemplo, se ha destacado que el compromiso con los derechos no está en tensión con el compromiso con la democracia, porque la noción de democracia incluye a los derechos: más aún, los derechos deben limitar el procedimiento democrático (y su mecanismo de discusión, la regla de las mayorías), pues lo sustantivo debe prevalecer sobre lo procedimental (Dworkin). Se ha dicho, además, que la plausibilidad de la objeción democrática depende en buena cuenta de qué se entienda por "requisitos de la democracia deliberativa", pues esta bien puede comprender no solo la regularidad del procedimiento democrático, sino también el acceso a la información, un nivel de vida digno, acceso a bienes materiales, etc., con lo cual el propósito restrictivo de la objeción termina esfumándose (Prieto Sanchís). Por el contrario, se resalta que la judicatura está mejor preparada para dilucidar el contenido de los derechos que el legislador, principalmente por su garantía de imparcialidad y el deber de motivación que deben cumplir al emitir sus decisiones.

Bibliografía consultada

- **FERRERES COMELLA, Víctor.** *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- **LINARES, Sebastián.** *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*.

Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008.

COSA JUZGADA

Es nota particular de todos los procesos judiciales (y los procesos constitucionales no son la excepción) el que la decisión a la que finalmente se arribe adquiera las características de inmutabilidad e inalterabilidad, necesarias para pacificar las controversias de un modo definitivo. Ciertamente, ello no quiere decir que la solución así adoptada revista automáticamente un rasgo inherente de justicia material, pues toda decisión judicial opera siempre a partir de verdades jurídicas. Sin embargo, es patente que, haciendo inmodificable la decisión de un juez, se logra optimizar un valor esencial del Estado de Derecho, como lo es la seguridad jurídica. De este modo, aquello que adquiere la calidad de cosa juzgada no solo se sitúa fuera de lo que puede ser nuevamente controvertido, sino que, además, impone un deber de *executio* sobre los jueces competentes, a fin de materializar aquello que aparece en el fallo, al plano de la realidad (lo que encuadra también como el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado a autoridad de cosa juzgada).

En el marco de los procesos constitucionales, se ha entendido que la cosa juzgada, sea esta la recaída en los procesos de tutela de derecho o de control normativo, no es la misma que rige en los procesos ordinarios, lo cual tiene explicación a partir de la consabida distinta naturaleza jurídica que ambos procesos ostentan.

Un primer elemento a considerar es el elemento normativo, que en este caso lo encontramos en el artículo 6 del Código Procesal Constitucional. Según este, en los procesos constitucionales (de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento), “solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo”. Esta norma difiere de lo que, en su momento, disponía la derogada Ley N° 23506, que hacía depender el efecto de cosa juzgada de un pronunciamiento favorable al recurrente (artículo 8).

Lo expuesto difiere cuando se trata de los procesos de control normativo, en cuyo caso es preciso acudir al artículo 82 del mencionado código adjetivo. En este supuesto, el legislador ha dispuesto que la sentencia del Tribunal Constitucional (en el proceso de inconstitucionalidad) y del Poder Judicial (en la acción popular) poseen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales, a partir del día siguiente a su publicación. Sin embargo, se dispone también que la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales, no impide que esta sea nuevamente demandada por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo correspondiente.

■ ~ constitucional

En su intento por brindar una respuesta adecuada a la exigencia de que las decisiones judiciales resulten siempre vinculadas a la Constitución y al orden de valores materiales que esta consagra, el Tribunal Constitucional ensayó el concepto de “cosa juzgada constitucional”

en dos oportunidades [SSTC Exps. N°s 0054-2004-AI/TC y 0006-2006-CC/TC], creación que, a pesar de sus nobles objetivos, no fue bien recibida por la crítica especializada, fruto de lo cual ha sido tácitamente abandonada en su jurisprudencia [Cfr. STC Exp. N° 0001-2010-PCC/TC]. En concreto, dicho concepto aludía a lo siguiente:

“[P]ara que una sentencia, dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, adquiera la calidad de cosa juzgada, no basta con que estén presentes sus elementos formal y material; tampoco es suficiente que exista un pronunciamiento sobre el fondo, tal como prevé el artículo 6 del Código Procesal Constitucional. Al efecto, conviene recordar que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201), y que, en determinados procesos constitucionales –hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento–, es instancia final de fallo (artículo 202, inciso 2 de la Constitución) de las resoluciones del Poder Judicial; en otros “proceso de inconstitucionalidad y proceso competencial” es instancia única (artículo 202, inciso 1); de ahí que sea el Supremo Intérprete de la Constitución (artículo 1 de la LOTC).

Por eso mismo, porque su interpretación es suprema, el Código Procesal Constitucional ha reconocido la potestad jurisdiccional de este Tribunal para establecer doctrina jurisprudencial (artículo VI del Título Preliminar) y para fijar precedentes vinculantes con efectos normativos (artículo VII del Título

Preliminar); los que, en tanto se integran en el sistema de fuentes de nuestro sistema jurídico, constituyen parámetros de validez y legitimidad constitucionales de las sentencias y resoluciones que dicten los demás órganos jurisdiccionales. Por ello es que una sentencia dictada dentro de un proceso judicial ordinario o un proceso constitucional, aun cuando se pronuncie sobre el fondo, pero desconociendo la interpretación del Tribunal Constitucional o sus precedentes vinculantes, no puede generar, constitucionalmente, cosa juzgada.

Ello es así porque lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Solo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales” [STC Exp. N° 0006-2006-CC/TC, ff. jj. 68-71].

De este modo, a través de un proceso competencial, el Tribunal Constitucional declaró la “nulidad” de una

serie de resoluciones judiciales que habían sido expedidas por el Poder Judicial, contraviniendo la interpretación realizada por el Tribunal en una sentencia y un precedente vinculante. El criterio asumido fue que tal declaración de nulidad no afectaba la cosa juzgada, dado que tales resoluciones nunca adquirieron dicha cualidad.

~ y revisión de normas ya enjuiciadas en un anterior proceso de inconstitucionalidad

Decíamos antes que la institución de la cosa juzgada sirve instrumentalmente al valor de la seguridad jurídica, tan cara al Estado de Derecho. Sin embargo, intuíamos también que, en no pocas oportunidades, la aplicación de dicha figura puede ocasionar un estancamiento en la jurisprudencia del Tribunal (particularmente, en lo que toca a la interpretación de los derechos fundamentales), circunstancia que podía terminar conspirando contra el deseable cambio que toda institución jurídica merece experimentar a través del tiempo y al compás de los cambios sociales.

Es precisamente en esa órbita que, en el marco del proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se ha visto en la necesidad de afrontar casos en los cuales la norma impugnada es una que ya fue materia de revisión en anterior oportunidad. Si nos ajustáramos a lo que prevé el artículo 104, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, forzoso sería concluir que tal decisión impediría un nuevo pronunciamiento del Tribunal. Sin embargo, no ha escapado a la consideración

del Supremo Intérprete de la Constitución que en algunos supuestos el debate en torno a la constitucionalidad de la norma puede ser reabierto, en la inteligencia de que “[e]l supuesto para la declaración liminar de improcedencia de una demanda de inconstitucionalidad está conformado por la preexistencia de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad que haya resuelto una controversia constitucional ‘sustancialmente igual’ a la planteada en la nueva demanda. A contrario sensu, si la controversia constitucional no es ‘sustancialmente igual’, no corresponderá la declaración de improcedencia” (RTC Exps. N°s 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), f. j. 5).

En tal sentido, el Tribunal estimó que para evaluar cuándo una nueva demanda de inconstitucionalidad afecta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, corresponde analizar:

- a) Si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta.
- b) Si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido.
- c) Si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria.
- d) Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.

Los supuestos contemplados en a) y b) se producen en la norma constitucional el parámetro de juicio. El supuesto de c) concierne, por el contrario, a la norma impugnada el objeto de control. El supuesto de d) es de carácter metodológico y concierne al principio interpretativo empleado en el análisis de la controversia” [RTC Exp. N°s 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f. j. 9].

A pesar de todo, el Tribunal admite que la evaluación de este límite es compleja, afirmando, en todo caso, que el análisis efectuado en el auto admisorio es provisorio y está condicionado a un pronunciamiento definitivo en la sentencia. Ciertamente, puede ser útil mencionar que esa norma constitucional parámetro utilizada como canon para realizar la evaluación, no solo está referida a las normas internas del Estado, sino que también puede estar conformada por normas incluidas en tratados internacionales sobre derechos humanos (Cfr. voto del magistrado Eto Cruz en la STC Exp. N° 0010-2010-PI/TC).

COSTUMBRE JURÍDICA

La referencia a la costumbre como fuente del Derecho, nos remite a un mecanismo por el cual la repetición constante de un determinado comportamiento por parte de los miembros de un grupo social tiene como resultado la creación de una norma jurídica. Tradicionalmente la noción de costumbre jurídica ha sido formulada como una tesis dualista, pues consta de dos elementos: el *usus* y la *opinio*.

El *usus* es un elemento de carácter objetivo, externo o material que consiste en la

repetición de una determinada conducta por la generalidad de los miembros de un grupo social, con los caracteres de uniformidad, continuidad, frecuencia y publicidad. Ha sido considerado por algunos, como el único elemento relevante para establecer la existencia de una costumbre, ya que el requisito de la *opinio* tendría naturaleza interna, y solo podría apreciarse a través de manifestaciones externas, por lo que coincidiría con el *usus*, y en tal sentido, carecería de relevancia propia respecto de aquel.

Un aspecto paradójico del *usus* es que las propiedades genéricas de la conducta, que en teoría constituyen el criterio que permitiría identificar y calificar los comportamientos individuales como actos de cumplimiento de una determinada regla, en realidad no aparecen establecidos por la regla misma, sino que contribuyen a conformarla, lo cual convierte en más complicada la verificación de este requisito.

Por otro lado, la *opinio iuris seu necessitati* reviste un carácter subjetivo, interno o psicológico, y consiste en la creencia, convicción, convencimiento u opinión, de que la conducta repetida constituye un estándar vinculante, es decir, un comportamiento que *debe* realizarse.

Sin embargo, este requisito parece encerrar una contradicción desde el punto de vista lógico: si asumimos que la *opinio* es creencia en la obligatoriedad *jurídica* de la conducta que se está ejecutando, se llega a un resultado absurdo, a un círculo vicioso, porque se estaría estableciendo como condición para la existencia de la norma consuetudinaria, precisamente, que tal norma jurídica esté previamente constituida. Para salvar esta contradicción, se ha presentado a la *opinio* como

un caso especial de la teoría del error, en el cual los agentes creen que la conducta es jurídicamente vinculante, pero es una creencia falsa, pues la norma aun no existe. Este error motivaría el comportamiento general, uniforme, continuo, frecuente y público que la genera.

Sin embargo, desde otras posturas se ha argumentado que tal solución debe ser rechazada, porque no se puede afirmar que todo el Derecho (consuetudinario) descansa, en último término, en un error de Derecho. Por ello, se considera que debe eliminarse el elemento de la *opinio*, para construir una tesis monista de la costumbre jurídica asentada únicamente sobre el *usus*.

Bibliografía consultada

- **BOBBIO, Norberto.** *La consuetudine come fatto normativo*. Giapichelli, Torino, 2010.
- **CANALE, Damiano.** "Paradojas de la costumbre jurídica". En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. N° 32, 2009.
- **CELANO, Bruno.** *Dos estudios sobre la costumbre*. Fontamara, México, 2000.

COTO VEDADO

Es un concepto utilizado por el filósofo Ernesto Garzón Valdés para referirse a aquel núcleo mínimo de derechos no negociables o indisponibles por las decisiones políticas, aun cuando sean estas mayoritarias. Es un espacio "prohibido" donde no cabe ninguna voluntad o compromiso parlamentario sea para su recorte o su reducción. El respeto del coto vedado confiere una homogeneidad básica a la sociedad que asegura cuotas mínimas de autonomía individual a todos sin exclusión.

Esta homogeneidad social está vinculada con el acceso igualitario de todos al goce efectivo de los derechos de los bienes básicos o primarios y es una premisa para el funcionamiento de la democracia. El acceso al coto vedado constituye además la justificación ética de la democracia representativa, porque garantiza que el "principio de la mayoría" no se degenera en "dominio de la mayoría" (sobre los derechos de las minorías). Por eso, existe una conexión conceptual entre democracia y coto vedado, dado que sin este la democracia se transformaría en tiranía.

Los derechos indisponibles que integran el coto vedado permiten la satisfacción de las necesidades básicas que posibilitan la realización de cualquier plan de vida. Estas necesidades básicas pueden ser de dos tipos: naturales o derivadas. Las necesidades básicas *naturales* son las carencias comunes a todos los individuos como el alimento, la vivienda, el vestido para protegerse contra las inclemencias del clima, etc. Las necesidades básicas *derivadas*, son variables y dependen del espacio histórico en el que al individuo le toca vivir y de la sociedad en la que se desenvuelve, se les puede identificar con los derechos de la tercera generación y tienden hacia la expansión de derechos nuevos. Un discurso en contraposición a que los nuevos derechos sean parte del coto vedado deberá demostrar que estos derechos no tienen una relación con necesidades derivadas o que su inclusión llanamente es redundante.

Los derechos del coto vedado no se corresponden con el consenso fáctico de una colectividad ni dependen de la voluntad o deseos de los individuos;

incluso, en este último caso en los supuestos de "incompetentes básicos", o sea, de personas que no comprendan la importancia de la satisfacción de sus necesidades esenciales, estarán plenamente justificadas acciones paternalistas para suplir la ignorancia o la irracionalidad de estos agentes incapaces de establecer relaciones causales entre la protección de los bienes básicos y sus proyectos de vida.

El papel del juego democrático será fortalecer el coto vedado y sus contornos. El ámbito de acción será la protección de los bienes básicos, pero también el debate sobre los deseos "secundarios" de las personas y que, a diferencia de los primeros, sí caben los compromisos y las negociaciones. Los deseos secundarios no están relacionados con los bienes básicos, sino que por el contrario responden a consideraciones de "costo-beneficio". Pero la satisfacción de estos bienes no debe sacrificar o frustrar el disfrute de algún bien primario.

Por las dificultades que presenta la construcción de una teoría del bien, Garzón Valdés justifica el conjunto de derechos que integran el coto vedado a partir de la excusión de lo que es intolerablemente irrazonable, o sea, la validez de los derechos últimos es en virtud de una argumentación por la vía negativa. Demostrar la razonabilidad del coto vedado por la vía negativa, es decir, por el tránsito de lo irrazonable, es reprochar aquello que daña o pone en grave peligro la supervivencia misma de la especie humana o de sus capacidades y que, por ser radicalmente malo, anula toda posibilidad de realización de todo plan de vida.

Bibliografía consultada

- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Algo más acerca del 'coto vedado'". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*. N° 6, 1989.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Representación y democracia". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*. N° 6, 1989.

CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

Los modos de producción jurídica en el Estado Constitucional se encuentran regulados por el propio ordenamiento jurídico, lo que es lógica consecuencia de que el Derecho moderno regule su propia creación y modificación a través de normas primarias (o normas sobre la producción jurídica) y normas secundarias. Suele distinguirse, así, entre órganos *legisferantes*, que son quienes producen el derecho con carácter abstracto y general, y órganos *aplicadores*, encargados de resolver los casos concretos conforme a ese derecho que se encuentra de algún modo predeterminado. De esta forma, el Derecho legislado ostenta una pretensión de inmutabilidad sobre el órgano aplicador, cuyo margen de interpretación queda así reducido al mínimo.

Este planteamiento, sin embargo, obedece a una "concepción restringida" de la interpretación jurídica, la misma que faculta al operador jurídico a atribuir significados al texto legal solo cuando este es "oscuro" o "dudoso" (este es el sentido del aforismo *in claris non fit interpretatio*), esquema en el cual las palabras tienen un significado intrínseco y la actividad del intérprete es meramente cognoscitiva. La concepción amplia, en contraste, reivindica el carácter "creativo"

del órgano aplicador, partiendo por considerar que toda atribución de significado exige siempre un juicio de valor, siendo evidente, por lo demás, que la misma distinción entre textos "claros" y "oscuros" es fruto de la interpretación.

La actividad creativa o transformadora de los jueces, tradicionalmente negada por el modelo exegético y formalista que caracterizaba el Estado legal de Derecho, ha sido reivindicada exponencialmente por el Estado constitucional, y más específicamente, en el contexto de los derechos en forma de principios que reconocen las constituciones modernas. Los "juegos interpretativos" a que da lugar este nuevo paradigma trastoca desde sus propias bases el sistema de fuentes del Derecho (particularmente, el del *civil law*), otorgándole una preeminencia necesaria al denominado "derecho jurisprudencial" por sobre el "derecho legislado".

Varias críticas se han dirigido contra esta nueva forma de entender el derecho. Principalmente, se objeta que un derecho creado por los jueces atentaría contra la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, anulando por lo demás la garantía de imparcialidad que ostenta el Derecho objetivo. Estas objeciones, sin embargo, quedan superadas cuando a través de mecanismos como el precedente o la doctrina jurisprudencial, la respuesta judicial a las controversias jurídicas queda en cierto modo "unificada", aunque ciertamente no "petrificada". De hecho, si algo positivo caracteriza al derecho creado por los jueces, a diferencia de la ley que se interpreta, es precisamente su mayor capacidad de adaptación al fenómeno social que es objeto de regulación.

Se podría, así, hablar de “normas del Derecho objetivo”, que son condicionales y establecen consecuencias jurídicas *prima facie*, y “normas que el juez aplica”, que es aquella que emana como solución a los casos concretos “consideradas todas las circunstancias”. Con todo, el carácter jurisdiccional (y no político) de la autoridad de la cual proviene este segundo tipo de normas, imprime sobre estas algunas peculiaridades que es preciso poner de manifiesto. Así pues, mientras el Derecho objetivo destaca por modificar el ordenamiento jurídico por iniciativa propia, el Derecho jurisprudencial tiende a hacerlo efectivo y solo a iniciativa externa. Por otro lado, mientras las normas emanadas de una autoridad política solo tienen un deber de coherencia hacia el pasado “lo que se materializa en el respeto al principio de jerarquía normativa”, la autoridad jurisdiccional, en cambio, tiene un deber de coherencia hacia el pasado y hacia el futuro, materializado en el deber motivación y justificación de ese derecho jurisprudencial, que es a la vez base de su legitimación ante los órganos democráticos.

En la actualidad, existen hasta tres posiciones a nivel de la doctrina en torno a la labor “hipotéticamente creativa” de los jueces: a) la doctrina tradicional, que traza una distinción rígida e inalterable entre la creación del Derecho, a cargo de los órganos políticos, y su aplicación, correspondiente a los jueces; b) la doctrina kelseniana, para la cual el Derecho es el conjunto de todas las normas (generales e individuales), siendo que los jueces crean “normas individuales”; y c) la tesis moderada, según la cual los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí en ocasiones especiales (cuyo representante es Eugenio Bulygin).

Bibliografía consultada

- **AGUILÓ REGLA, Josep.** *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
 - **BULYGIN, Eugenio.** “Los jueces ¿crean Derecho?”. En: *Isonomía*. N° 18, abril de 2003.
 - **GUASTINI, Ricardo.** “La interpretación: objetos, conceptos y teoría”. En: *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa-UNAM, México, 2000.
- ▶ **Voz relacionada:** Interpretación.

CRÍMENES DE GUERRA

El Derecho Internacional Humanitario contiene normas específicas respecto a la protección de las víctimas de los conflictos armados y del empleo de métodos y medios de guerra. Los Estados tienen la obligación de hacer cesar *todas* las violaciones contra estos instrumentos, pero hay obligaciones específicas por lo que respecta a algunas violaciones graves llamadas *infracciones graves*. La responsabilidad personal de quienes cometen u ordenan violaciones contra el derecho humanitario exige que los responsables de violaciones graves sean enjuiciados y castigados como criminales. En ese sentido, las violaciones más graves contra el Derecho Internacional Humanitario reciben el nombre de crímenes de guerra.

El Tribunal Constitucional en el caso Vera Navarrete (STC Exp. N° 2798-2004-HC/TC) estableció que no solo amerita el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario, sino que su violación se constituye en un crimen de guerra. Así: “La jurisprudencia internacional ha indicado que las normas mínimas del Derecho Internacional Humanitario

no solo se establecen con fines de mero reconocimiento, sino que su violación constituye una grave infracción humanitaria y, eventualmente, un crimen de guerra" (f. j. 15).

- ▶ **Voces relacionadas:** Crímenes de lesa humanidad, Crímenes internacionales.

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

La expresión crimen de lesa humanidad se originó a raíz de la masacre de la población armenia en 1915. El término reapareció en 1945 como una de las tres categorías de crímenes dentro de la jurisdicción del Tribunal de Núremberg. En este inicio el crimen de lesa humanidad estuvo directamente conectado a una situación de conflicto internacional, distinguiéndose del genocidio, que se consideraba perpetrado independientemente si se encontraba relacionado a un conflicto internacional. Sin embargo, la definición de crimen de lesa humanidad evolucionó para cubrir atrocidades en tiempo de paz. Así, en 1993, con el establecimiento del Tribunal para la antigua Yugoslavia se estableció en el artículo 5 que el crimen de lesa humanidad debe de ser cometido en un conflicto armado, independientemente de si se trata de un conflicto de carácter interno o internacional. En 1995, en el caso Tadic se consideró el nexo de crímenes de lesa humanidad con un "conflicto armado" había devenido en "obsoleto". Así, en el artículo 7 del Estatuto de Roma se plasma esta evolución al establecer que: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra

una población civil y con conocimiento de dicho ataque".

En adición, el ataque debe de ser dirigido contra una población civil, siendo esta característica lo que distingue a este delito del crimen de guerra, que puede ser dirigido contra combatientes y civiles. Asimismo, el ataque puede ser dirigido tanto por un Estado como por una organización. El crimen de lesa humanidad está constituido por un elemento mental, que es el conocimiento del ataque, sin requerirse que el perpetrador tenga conocimiento de todas las características del ataque o de todos los detalles del plan o política del Estado o de la organización.

Hasta aquí se ha descrito el *chapeau* o "sombrero" del crimen de lesa humanidad. El Estatuto de Roma ha reconocido distintos tipos de crímenes dentro de los crímenes de lesa humanidad, los cuales son:

- Asesinato.
- Exterminio.
- Esclavitud.
- Deportación o traslado forzoso de población.
- Encarcelación u otra privación grave de la libertad física.
- Tortura.
- Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada, violencia sexual.
- Persecución.
- Desaparición forzada de personas.
- *Apartheid*.
- Otros actos inhumanos.

El Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones de evaluar casos sobre crímenes de lesa humanidad. Así, en el caso Villegas Namuche (Exp. N° 2488-2002-HC/TC), el Tribunal reconoció que no debe existir impunidad cuando se perpetra este tipo de delitos. Señaló que: “La ejecución extrajudicial, la desaparición forzada o la tortura, son hechos crueles, atroces, y constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por lo que no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos” (f. j. 5).

Posteriormente, en el caso Vera Navarrete (Exp. N° 2798-2004-HC/TC), el Tribunal Constitucional reconoció en su jurisprudencia el carácter de crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada, resaltando que su tratamiento no puede ser similar a un delito común. Así, se señaló que: “El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como ‘la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado’. [...] Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación dada su extrema gravedad, no puede ser equiparada a la de un mero delito común”.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 00024-2010-AI/TC, el Tribunal Constitucional desarrolló diversos aspectos del crimen de lesa humanidad. Si bien podemos señalar que el desarrollo de las categorías del referido crimen agrega más incertidumbre que claridad, es importante destacar el reconocimiento que el Tribunal hace respecto al carácter imprescriptible del crimen de lesa humanidad: “De ahí que sea parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, el que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles” (f. j. 61).

- ▶ **Voces relacionadas:** Crímenes de guerra, Crímenes internacionales, Genocidio

CRÍMENES INTERNACIONALES

■ Definición de ~

El término “crímenes internacionales” o “delitos internacionales” son los ilícitos o infracciones que conllevan responsabilidad penal individual bajo el Derecho Internacional. Generalmente, se comprende dentro de este grupo al genocidio, crimen contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Los crímenes internacionales deben de ser investigados, procesados y sancionados, independientemente de si los Estados los hayan tipificado o no en su legislación nacional, pues afectan a la comunidad en su conjunto y no solo a la sociedad en donde se perpetró el crimen. Este principio ha

sido establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando recuerda que: “[n]ada (...) se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Los crímenes internacionales no solo encuentran sustento en la fuente convencional, es decir, en tratados que reconocen ciertas conductas como crímenes, sino que también, están reconocidos por la fuente consuetudinaria, es decir, por parte de la costumbre internacional. Frecuentemente, se señala de modo equivocado que la fuente consuetudinaria no representa una fuente privilegiada en los países pertenecientes a la tradición del *civil law*. Sin embargo, tal apreciación es errada, en vista de que la costumbre internacional se aplica en cualquier lugar, no pudiendo ser objetada sobre la base del principio de legalidad internacional. Así, si el acto viola una norma consuetudinaria del Derecho Penal internacional no hay una vulneración del principio de legalidad porque se ha violado una norma obligatoria del Derecho Penal internacional.

Diferencia de ~ con los crímenes con trascendencia para la comunidad internacional

Los delitos de trascendencia para la comunidad internacional son aquellos para los que el Derecho Internacional no impone directamente una responsabilidad penal –como es en

el caso de los crímenes de Derecho Internacional–, sino que obliga a los Estados a penalizar determinadas conductas.

Estos delitos se hayan enumerados en tratados que, por un lado, obligan a los Estados parte a adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como infracción penal la conducta prohibida, así como a sancionarlos con penas adecuadas a su gravedad; y, por otro lado, establecen normas sobre jurisdicción, entre las que se encuentra la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) o la jurisdicción universal, propiamente dicha. Entre estos delitos se incluyen la piratería, la esclavitud, la tortura, el terrorismo, el tráfico de drogas y otros crímenes.

■ ~ y normas *ius cogens*

Ius cogens significa Derecho imperativo y, como tal, las normas *ius cogens* tienen la máxima jerarquía entre las normas del Derecho Internacional. Este conjunto de normas no admite acuerdo en contrario y, en general, están referidas a normas elementales que conciernen a la salvaguarda de la paz y a normas de carácter humanitario que incluyen la prohibición del genocidio, la esclavitud, la discriminación racial, entre otras. El *ius cogens* puede operar para invalidar un tratado o un acuerdo entre Estados, en la medida que el tratado o acuerdo pueda vulnerar sus disposiciones.

El Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad emprendido por el Colegio de Abogados del Callao ha reconocido que la

obligación de prevención y sanción de graves violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario constituyen normas *ius cogens* (Exp. N° 00018-2009-PI/TC).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097 reconoció al derecho a la verdad como una norma *ius cogens*. Así, se ha señalado que: “La esencial ontología de los derechos humanos afectados por los crímenes de lesa humanidad, y las graves condiciones y circunstancias que caracterizan la realización de estos, lleva a considerar que, en estos casos, la necesidad de la averiguación de la verdad, así como el procesamiento y posterior sanción de los responsables, constituye una norma de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa de Derecho Internacional susceptible de aplicarse *erga omnes* y que no admite pacto en contrario” (Exp. N° 0024-2010-PI/TC, f. j. 53).

■ ~ y jurisdicción universal

La jurisdicción universal es entendida como la obligación de los tribunales de cualquier Estado de investigar, procesar y sancionar a los responsables de delitos internacionales cometidos fuera de su territorio, por extranjeros, contra víctimas que no tengan la nacionalidad de su Estado e incluso cuando no haya ninguna circunstancia que lo vincule al Estado. La jurisdicción es de eminente origen consuetudinario y a la par se haya reflejada en diversas convenciones.

El Tribunal Constitucional del Perú ha examinado de manera referencial la jurisdicción universal en el caso Crousillat López (Exp. N° 01271-2008-PHC/TC) cuando analizó las controversias jurídicas que trascienden las fronteras del Estado peruano, en la perspectiva de fortalecer la labor de los tribunales de diversos Estados para tutelar adecuadamente los derechos humanos. Así, el Tribunal Constitucional definió la jurisdicción universal como: “[Aquella] que prescinde de la nacionalidad del autor o de las víctimas, así como del lugar donde ocurrieron los hechos, a fin de determinar la competencia de los tribunales de un Estado para juzgar actos que son considerados como contrarios a los intereses de la humanidad en su conjunto” (f. j. 3).

Posteriormente, en el caso Carmen Pisfil el Tribunal Constitucional reconoció indirectamente la competencia de la aplicación de la jurisdicción Universal. Así, para el Tribunal, se afecta la soberanía estatal cuando un tribunal foráneo se avoca a una causa ocurrida en el territorio nacional, salvo que se trate de la jurisdicción Universal: “[E]l hecho de que un Juez foráneo se haya investido de jurisdicción para conocer de unos hechos que han sucedido en el Perú, sin que estos sucesos fácticos tengan la característica de ser perseguibles a través de la jurisdicción universal, resulta lesivo a la soberanía jurídica de nuestro país, pues ello supondría el sometimiento de nuestro Estado a la regulación normativa del país que se arroga competencia a través del funcionario correspondiente, con lo cual se cerniría en nuestro sistema

jurídico un clima de inseguridad que no resulta tolerable” (f. j. 42).

■ ~ e imprescriptibilidad

La prescripción es la sanción jurídica que opera en un proceso penal por haber transcurrido un plazo determinado de tiempo sin que se haya enjuiciado a un imputado, o sin que se haya hecho efectiva la aplicación de la condena del imputado. La aplicación de la institución de la prescripción resulta cuestionable si se le aplica a los crímenes internacionales, en vista de que se constituiría en una nueva violación a los derechos humanos y se vería nuevamente afectada: por la perpetración del crimen y por la impunidad que generaría la prescripción.

El Tribunal Constitucional también analizó la imprescriptibilidad de violaciones a los derechos humanos cuando evaluó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1097(Exp. N° 00024-2010-AI/TC). Así, en este decreto se reconocía que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por Resolución Legislativa N° 27998, surte efectos y rige para el Perú a partir del 9 de noviembre de 2003. En vista de ello, el Tribunal Constitucional se pronunció reconociendo que la obligación de imprescriptibilidad dimana de una norma imperativa y no de la ratificación de la Convención, así: “la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que

aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella” (f. j. 62). Para el Tribunal Constitucional, la reserva a la Convención se constituía como una afectación al objeto y fin de la Convención, y por ende, en violatoria del derecho internacional e inconstitucional.

■ El tratamiento de los ~ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En la jurisprudencia del Tribunal se pueden reconocer dos claras líneas jurisprudenciales sobre el tratamiento de crímenes internacionales. La primera línea jurisprudencial está conformada por la sentencia recaída en los casos en el caso Villegas Mamuche y continuada con distintas sentencias que resolvieron recursos de distintos miembros del llamado Grupo Colina (principalmente los casos Martin Rivas y Rivera Lazo).

Al respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 04587-2004-AA/TC, caso Martin Rivas, el Tribunal Constitucional examinó la demanda de amparo solicitada por Santiago Martin Rivas, quien consideraba la afectación a sus derechos a la igualdad ante

la ley, tutela judicial efectiva y cosa juzgada, en vista de la anulación de la resolución en el fuero militar que sobreescribía de los procesos generados por los sucesos ocurridos en los casos Barrios Altos y La Cantuta.

El Tribunal Constitucional no solo evaluó los derechos fundamentales que estaban en conflicto, sino que además tomó en cuenta las circunstancias en que se produjeron los casos. En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló que: “Esas circunstancias se relacionan con *la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, particularmente de los actos cometidos por los del Grupo Colina, al cual se vincula al recurrente*”. Como se puede inferir, el Tribunal Constitucional adecuadamente determinó que con base en las circunstancias analizadas y en conformidad con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era necesario tener presente que en el análisis de los derechos fundamentales se debía tener presente que se habían cometido crímenes de lesa humanidad.

Esta interpretación es aún más clara en el caso Rivera Lazo (STC Exp. N° 04677-2005-AA/TC): “Los hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la comunidad nacional e internacional. El Estado peruano *no puede tolerar la impunidad de estos y otros graves crímenes y violaciones de los derechos humanos, tanto por*

una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional” (énfasis agregado).

La segunda línea jurisprudencial se inicia con el llamado caso Teodorico Bernabé (STC Exp. N° 00218-2009-HC/TC), y que en muchos aspectos representa un serio retroceso de la primera línea jurisprudencial. Así, en este caso, referido al otorgamiento de prescripción a favor de Teodorico Bernabé en los hechos acaecidos en el desvelamiento del Penal “El Frontón”, el Tribunal Constitucional varió sus supuestos de aplicación del recurso de agravio constitucional para no entrar a evaluar el fondo del caso, evitando así pronunciarse respecto a la inconstitucional declaración de prescripción.

En el caso Contreras Matamoros (STC Exp. N° 00218-2009-PHC/TC) el Tribunal Constitucional se abstiene de pronunciarse respecto al carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad perpetrados en la Comunidad de Acocomarca en Ayacucho, y opta por considerar que, independientemente de la calificación del delito, aun no había operado la prescripción, pues el plazo de prescripción no había concluido, ya que este se contabiliza desde el año 2002, fecha en que la Justicia Militar anuló los procesos llevados en su fuero, en cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú (Caso Barrios Altos).

Bibliografía consultada

- **CRYER, Robert** et ál. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University Press. Cambridge, 2010.
 - **HENCKAERTS, Jean-Marie** y **DOSWALD-BECK, Louise**. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*. Volumen 1, Comité Internacional De La Cruz Roja, Buenos Aires, 2007, p. 683 (Norma 157).
 - **PROVOST, Rene**. *International Human Rights and Humanitarian Law*. Cambridge University Press, 2004.
 - **SCHABAS, William**. *An introduction to the international criminal court*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- **Voces relacionadas:** Genocidio, Crímenes de lesa humanidad, Crímenes de guerra, Derecho Internacional Humanitario.

CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

■ Origen de las ~

La tesis de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*) tiene su origen en la práctica jurídica de los Estados Unidos de Norteamérica. Esta doctrina tiene un origen pretoriano, iniciándose en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803). En la referida sentencia el Chief Justice Marshall señaló que: “La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo, o los funcionarios del Poder Ejecutivo, desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza

política, o las que, por la constitución o las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal”.

La Corte se arrogaba una competencia que la Constitución no le señalaba expresamente pero que, en vista del mandato de protección de derechos fundamentales, resultaba una consecuencia lógica; asimismo, el Supremo Tribunal estableció un límite a tal actividad: la autorrestricción para no afectar las atribuciones políticas del Poder Ejecutivo y Legislativo, en específico, no afectar sus “atribuciones políticas”. Según Sagüés, mediante la creación pretoriana de cuestiones políticas no justiciables se pudo obtener la conformidad de los otros poderes del Estado, la Corte evitó ser sometida a un juicio político (*impeachment*) y logró crear un adecuado mecanismo de protección de los derechos de los ciudadanos.

Posteriormente, la Corte Suprema ha sostenido que los tribunales federales no deben conocer de los casos que se ocupan directamente de cuestiones que la Constitución hace que la responsabilidad exclusiva de los otros poderes del Estado (*Baker vs. Carr, 1962*). En este caso, se estableció un parámetro para evaluar el carácter no justiciable una controversia, debiendo constatar que se trate:

- a) De un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional;
- b) De una carencia de estándares judiciales, apropiados para su enjuiciamiento;

- c) De una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial.
- d) De una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales;
- e) De una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada;
- f) De una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales.

También, la Corte Suprema ha señalado que la conducta de las relaciones exteriores es responsabilidad exclusiva de la rama ejecutiva (*Oetjen vs. Centro Leather C, 1918*). Del mismo modo, sostuvo que las demandas de procedimiento ante el Congreso sobre juicio político son cuestiones políticas (*Nixon v. Los Estados Unidos, 1993*). Finalmente, el debate ha resurgido a propósito de la controversia surgida en la Suprema Corte en el caso *Gore vs. Bush (2000)*, en el que la Suprema Corte consideró inconstitucional la orden de una Corte de la Florida de realizar un recuento de votos.

~ y jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha acogido la teoría de las cuestiones políticas en diversas sentencias. Uno de los casos más polémicos fue sin duda

el caso Guillermo Rey Terry (Exp. N° 0340-1998-AA/TC), en el que el Tribunal Constitucional estableció en su doctrina que la potestad de sanción a los más altos funcionarios compete de manera estricta al Congreso de la República, por lo que no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional; sin embargo, tal potestad no es ilimitada y absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, siendo el principal la correcta observancia del principio de racionalidad, ya que no se encontraría ajustada a la Constitución una sanción carente de motivación o que tenga total incertidumbre. Bajo este parámetro, utilizado de forma cuestionable por los magistrados del Tribunal Constitucional que no fueron desaforados, se declaró infundada la demanda porque consideró que el Congreso de la República había actuado de acuerdo a sus potestades.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a si la reforma constitucional es un acto estrictamente político, en el cual le está negado intervenir (Exp. N° 0050-2004-AI/TC). Al respecto, el Tribunal señaló que al constituirse como el principal garante de la Constitución tiene la misión de velar que esta no sea vulnerada inclusive a través de normas modificatorias que atenten contra los principios y valores que la sustentan, en razón de ello, el Colegiado se declaró competente para analizar las normas de reforma constitucional.

En el caso Jallilie Awapara, el Tribunal señaló que afirmar que existen

actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional supone sostener que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. Tal afirmación, a primea vista, podría resultarnos adecuada y, sin duda, en el caso citado habilitó para que el Tribunal Constitucional analizara la constitucionalidad del otorgamiento de una gracia presidencial sin motivación. Sin embargo, el caso Cementos Lima, donde el Tribunal restableció un arancel derogado por el Ejecutivo, es un claro ejemplo de que asumir una competencia irrestricta por parte del Tribunal Constitucional puede generar serias amenazas a la protección de la Constitución.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido

impredecible en la consideración de qué asuntos se constituyen en *political questions*. En gran medida esto se debe a que el Tribunal no ha construido de forma pretoriana un test adecuado para evaluar qué situaciones ameritan su competencia y qué actos se encuentra vedados de intervenir.

Bibliografía consultada

- **LANDA, César.** "Justicia constitucional y *political questions*". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 4, enero-diciembre de 2000.
- **SAGÜÉS, Néstor Pedro.** "Reflexiones sobre la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, a propósito de la 'coalición' contra Irak". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 4, julio-diciembre de 2005.
- **TRIBE, Laurence.** "The Unbearable Wrongness of Bush v. Gore". En: *Constitutional Commentary*. Vol 19, N° 3, University of Minnesota, winter 2002.

D

DEBERES CONSTITUCIONALES

Suele afirmarse, no sin cierto afán retórico, que el tiempo actual es el “tiempo de los derechos”. A decir de Bobbio, esto viene a significar que, a partir de entonces, el problema de la moral ha dejado de ser enfocado solo desde la perspectiva de la sociedad, y ha pasado a ser visto, también y principalmente, desde el punto de vista del individuo.

La centralidad de los derechos es, situados en este esquema, un dato a todas luces innegable. Reforzada por instrumentos internacionales que le adjudican una pretensión de universalidad, la idea de los derechos se ha expandido en la mayoría de sistemas jurídicos comparados, contribuyendo decisivamente a posicionar al individuo y su dignidad como justificación última del Estado, dejando atrás un pasado en el cual la razón estatal era el motor de la vida en sociedad. Pero así como este paradigma ha beneficiado a la consideración del individuo y sus intereses, también ha generado una suerte de “reduccionismo” en el que la idea de los derechos termina siendo el centro único del universo moral, de última justificación y de medida de lo “justo” y del “bien”. No hace falta ahondar

demasiado para comprobar que este énfasis puesto en los derechos ha tenido, como efecto colateral, una menor consideración (o, incluso podríamos decir, el olvido) de las obligaciones del individuo para con su comunidad, que es el espacio al interior del cual el ejercicio de esos derechos tiene lugar.

La idea de los deberes constitucionales viene, precisamente, a reivindicar ese nexo comunitario inescindible entre individuo y sociedad reclamado por el Estado Social de Derecho y, más específicamente, por el principio de solidaridad en el que aquel modelo se asienta. Naturalmente, aquella idea se traduce en obligaciones concretas que se derivan no solo a partir de los derechos propiamente dichos (vinculación correlativa entre derechos y deberes), sino también a través de consideraciones de interés general cuya consecución exige el compromiso de cada individuo respecto a la buena marcha de su comunidad.

Oportuno será aclarar, sin embargo, que una Constitución que inserte un catálogo de deberes constitucionales como parte de su entramado normativo, tanto para el Estado como para los individuos, no puede ser entendida a la manera de una carta de signo totalitario, habida

cuenta que lo que protegen esos deberes no es una ideología particular impuesta verticalmente a los ciudadanos, sino más bien los intereses que están detrás de esos deberes, y que son idealmente compartidos por la sociedad en su conjunto.

Naturalmente, los deberes constitucionales exigidos por modelo de Estado social se materializan, antes que en abstenciones, en deberes positivos generales, cuyos alcances quedan delimitados por una suerte de “sacrificio trivial” en la esfera de intereses del sujeto obligado (Garzón Valdés).

Bibliografía consultada

- **GARZÓN VALDÉS.** “Los deberes positivos generales y su fundamentación”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 3, 1986.
- **PALOMBELLA, Gianluigi.** “De los derechos de su relación con los deberes y los fines comunes”. En: *Derechos y libertades*. N° 17, época II, junio de 2007.
- **RAZ, Joseph.** “Independizar los deberes”. En: *La ética en el ámbito público*. Traducción de María Luz Melon, Gedisa, Barcelona, 2001.

DECRETO DE URGENCIA

Norma con rango y fuerza de ley que solo puede ser expedida válidamente en situaciones extraordinarias e imprevisibles. Constituye una atribución excepcional del Presidente de la República (artículo 118, inciso 19 de la Constitución) pues el empleo regular de esta facultad conllevaría la ruptura del orden constitucional al permitirse que una autoridad concentre el ejercicio regular de las funciones ejecutivas y legislativas.

En lo que respecta al procedimiento de expedición de un decreto de urgencia, este dispositivo debe ser aprobado por el Consejo de Ministros (artículo 125 de la Constitución), rubricado por el Presidente de la República y refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y, en los casos que corresponda, por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia esté referido (artículo 123, inciso 19 de la Constitución; y artículo 11, numeral 2 de la Ley N° 29158). Asimismo, siendo su expedición una atribución excepcional del Ejecutivo, debe darse cuenta al Congreso de la República, que puede modificarlo o derogararlo (artículo 118, inciso 19 de la Constitución). Entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de este, que postergue su vigencia en todo o en parte.

En cuanto a los criterios sustanciales que justifican la dación de un decreto de urgencia, debe tenerse en cuenta que su legitimidad debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifican su dictado.

En cuanto a la materia, la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre “materia económica y financiera” (artículo 118, inciso 19). Este requisito, interpretado bajo el principio de separación de poderes, exige que la materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no puedan reconducirse hacia el factor económico. En todo caso, queda proscrita la materia

tributaria (párrafo tercero del artículo 74 de la Constitución).

Respecto de las circunstancias fácticas o externas que sirven de justificación para la promulgación de un decreto de urgencia, estas deben responder a las exigencias previstas en el artículo 118, inciso 19 de la Constitución y el artículo 91 inciso c) del Reglamento del Congreso. De la interpretación sistemática de estos dos dispositivos, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC) que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:

- a) *Excepcionalidad*: Debe estar orientado a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles sobre materia económica y financiera. Si bien el Ejecutivo cuenta con un razonable margen de discrecionalidad para determinar qué situaciones son extraordinarias y de urgente necesidad, dichas condiciones deben ser evaluadas en atención al caso concreto, sobre la base de datos fácticos y objetivamente identificables.
- b) *Necesidad*: Las condiciones extraordinarias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demanda la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o que los mismos devengan en irreparables.
- c) *Transitoriedad*: Dado que su finalidad es enfrentar una situación de emergencia, la vigencia del decreto de urgencia no debe mantenerse por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

- d) *Generalidad*: El principio de generalidad de las leyes alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia pues, tal como lo prescribe el artículo 118 inciso 19 de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Esto quiere decir que los beneficios que se obtengan de la aplicación del decreto no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.
- e) *Conexidad*: Debe existir una correlación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. Así, la facultad del Poder Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él cualquier género de disposiciones, ni aquellas que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación con la situación que se trata de hacer frente.

DECRETO LEGISLATIVO

Norma con rango y fuerza de ley que emana de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso. En ese sentido, la potestad normativa con rango legal del Ejecutivo no es autónoma pues, para la expedición de este tipo de dispositivos, se necesita siempre la habilitación parlamentaria a través de la ley autoritativa o norma delegante (artículo 104 de la Constitución).

Estas normas son indispensables en los estados modernos, debido a la dificultad que tiene el Parlamento para aprobar normas jurídicas de manera rápida y altamente especializada, a fin de hacer

frente a la inestable situación económica y política que envuelve a un país.

Los decretos legislativos son refrendados por el o los ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda. Entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo decreto legislativo que postergue su vigencia en todo o en parte. Los decretos legislativos relativos a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su publicación.

La facultad legislativa delegada al Poder Ejecutivo debe realizarse sobre una materia específica y por el plazo determinado en la ley autoritativa (artículo 104 de la Constitución y artículo 11, numeral 1, de la Ley N° 29158). La legislación delegada, no supone en lo absoluto que el Congreso renuncie de manera general a su función legisladora. Así, el constituyente ha previsto una reserva negativa, es decir, materias que no pueden delegarse al Ejecutivo siendo estas las mismas materias que le son indelegables a la Comisión Permanente. En ese orden de ideas, no pueden ser objeto de delegación las siguientes materias: las leyes de reforma constitucional, la Ley de Presupuesto y de Cuenta General de la República, las Leyes Orgánicas, y la aprobación de tratados internacionales (artículo 101, numeral 4 de la Constitución). Los decretos legislativos sí pueden contener normas sobre materia tributaria (artículo 74 de la Constitución).

La discrecionalidad política con la que cuenta el Ejecutivo para expedir este tipo de normas hace necesario que existan mecanismos de control de esta institución. Así, el control de la legislación delegada puede ser parlamentario, cuando

el Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo; o jurisdiccional, cuando los jueces ordinarios, por efecto del control difuso (artículo 138 y artículo 51 de la Constitución) inaplican un decreto legislativo por considerarlo inconstitucional (sin que ello importe su derogación); o cuando el Tribunal Constitucional conoce los procesos de inconstitucionalidad promovidos contra los decretos legislativos por vicios de forma y fondo (artículo 200, numeral 4 de la Constitución).

DECRETO LEY

Disposición de naturaleza jurídica sui generis dictada por un gobierno de facto que ha reunido para sí -contra lo establecido en el ordenamiento constitucional- las funciones parlamentarias y ejecutivas. Si bien el decreto ley es una norma con rango de ley, su dación se efectúa con prescindencia de las formalidades establecidas en la Constitución. En ese sentido, se ha interpretado que son expresiones normativas de origen y formalidad espurios, pero que se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza (STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC).

Según la doctrina, los aspectos referidos al reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de un decreto ley se evalúa según el "tiempo político" que se vive dentro de una comunidad. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de un decreto ley durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de un decreto ley al restaurarse el Estado de Derecho. Con relación a este segundo punto,

existen las siguientes teorías (STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC):

- a) *Teoría de la caducidad*: Según la cual, una vez restaurado el Estado de Derecho, las normas dadas por los gobiernos de facto dejan *ipso facto* de tener vigencia. Esta teoría no ha tenido aceptación en nuestro ordenamiento, al extremo de haber sido utilizada una sola vez, a través de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes los actos gubernativos y las leyes aprobadas durante el periodo 1894-1895.
- b) *Teoría de la revisión*: Una vez restaurado el Estado de Derecho, los decretos leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. En consecuencia, corresponderá al Congreso pronunciarse sobre el mantenimiento o no de los decretos leyes emitidos durante el gobierno de facto.
- c) *Teoría de la continuidad*: Según esta teoría, las normas dadas por los gobiernos de facto mantienen su vigencia con la restauración del Estado de Derecho; en esta medida, solo podrán ser modificados o derogados por el procedimiento legislativo constitucionalmente establecido para dicho efecto. Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del Derecho: la seguridad jurídica. En efecto, se busca tutelar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y de los bienes jurídicos que se encuentran amparados por este tipo de normas, sin perjuicio de reconocer que este amparo ha sido establecido de manera no formal.

Si bien no ha sido unívocamente aceptada, en nuestro ordenamiento jurídico se ha optado por seguir la teoría de la continuidad.

De otro lado, pese a que los decretos leyes no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, debido al carácter enunciativo y no taxativo de dicho dispositivo, se acepta que los decretos leyes pueden ser sometidos a un proceso de inconstitucionalidad.

DECRETO SUPREMO

Norma de carácter general por la que se reglamenta una norma con rango de ley o se regulan actividades sectoriales funcionales o multisectoriales funcionales a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan (artículo 11, numeral 3 de la Ley N° 29158).

En nuestro ordenamiento, el decreto supremo también puede ser la forma mediante la cual se aprueban normas que la Constitución o las leyes encargan al Poder Ejecutivo, tales como los casos de declaración de estado de emergencia o de sitio. Los decretos supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de este, que postergue su vigencia en todo o en parte.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo que ha sido incorporado por primera vez en el ordenamiento jurídico peruano con la

Constitución de 1993 (artículos 161 y 162). Tiene su origen en el modelo del *Ombudsman* sueco y su función primordial es la de proteger los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad, supervisar el cumplimiento de los deberes de la Administración Pública y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. Para el ejercicio de sus funciones los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando esta lo requiera.

El titular de la institución es el Defensor del Pueblo quien es designado por el Congreso, con el voto de los dos tercios de su número legal (87 votos). El ciudadano que resulte elegido debe reunir los requisitos de haber cumplido treinta y cinco años de edad, ser abogado y gozar de conocida reputación de integridad e independencia. Su designación dura cinco años. Goza de inviolabilidad, no responde civil ni penalmente por las recomendaciones y opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones. Además, puede actuar con total autonomía en el cumplimiento de estas. Tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos del Poder Judicial.

Las opiniones o manifestaciones de voluntad del Defensor del Pueblo no constituyen actos administrativos ni jurisdiccionales con efectos coercitivos. El cumplimiento de sus recomendaciones y sugerencias se basa en la "magistratura de la persuasión", con la cual se busca crear conciencia en los poderes públicos sobre la importancia del respeto a la Constitución, las leyes y a los derechos de los ciudadanos.

La Defensoría del Pueblo cuenta con adjuntos al Defensor del Pueblo los cuales proponen y ejecutan la política de la institución y tienen a su cargo funciones

de línea. Los adjuntos son ocho: Primer Adjunto al Defensor del Pueblo; Adjunto para la Administración Estatal; Adjunto para los Asuntos Constitucionales; Adjunto para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad; Adjunto para los Derechos de la Mujer; Adjunto del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas; Adjunto para la Niñez y la Adolescencia; y, Adjunto para la prevención de los Conflictos Sociales y la Gobernabilidad.

El Defensor del Pueblo tiene las siguientes atribuciones:

- *Investigar*: Puede iniciar y proseguir investigaciones, ya sea por iniciativa propia o a solicitud de cualquier persona interesada, con la finalidad de esclarecer los hechos o situaciones que, generados por la administración estatal o sus agentes, pudieran estar afectando sus derechos.
- *Elaborar informes sobre temas de especial trascendencia*: Elabora informes sobre temas de su competencia, denominados "Informes Defensoriales".
- *Intervenir en procesos constitucionales*: Con el fin de defender los derechos fundamentales y el principio de supremacía constitucional, está facultado para intervenir en los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus, hábeas data, de inconstitucionalidad, acción popular y de cumplimiento. Su intervención puede efectuarse mediante diversas modalidades. Así, puede iniciar procesos constitucionales, intervenir en procesos en trámite como coadyuvante o presentando escritos como el *amicus curiae* y puede presentar informes u opiniones a solicitud de las partes o del Tribunal Constitucional.

- *Promover procedimientos administrativos*: Puede iniciar cualquier procedimiento administrativo o participar en este por iniciativa propia o a pedido de terceros, utilizando el criterio de discrecionalidad, en representación de una o varias personas, para la defensa de los derechos constitucionales.
- *Ejercer iniciativa legislativa*: Puede hacer uso de esta facultad mediante la presentación de proyectos de ley ante el Congreso de la República.
- *Asegurar la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos*: Está facultado para promover la firma, ratificación, adhesión y efectiva difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos, con el fin de asegurar su aplicación.
- *Emitir pronunciamientos institucionales*: En cumplimiento de su misión de protección y representación de las personas, y en ejercicio de su rol persuasivo y de mediación, la Defensoría del Pueblo puede emitir pronunciamientos sobre temas de interés general cada vez que lo considere necesario.

DEMOCRACIA

La expresión "democracia" tiene su origen etimológico en las palabras griegas *demos* y *kratía*, que hacen alusión al pueblo y al gobierno respectivamente. Este término habría sido acuñado por el historiador Herodoto, hace más de dos milenios, para catalogar a una forma de gobierno que estaba predeterminada por la voluntad popular. Aunque es evidente que alrededor de la expresión hay una amplia y densa construcción teórica

que se ha formado en el curso del tiempo y de la praxis política, su comprensión etimológica es un buen punto de partida: la democracia puede ser básicamente entendida como una forma de organización política que se basa en el principio de elección de sus gobernantes por voluntad del pueblo.

Las primeras formas de democracia surgieron en la civilización griega, de ahí su origen terminológico. Efectivamente, en algunas ciudades-Estado se implantó una forma de organización social en el que la asamblea de ciudadanos libres adoptaba la mayoría de decisiones, así como se sometía a juicio público los asuntos domésticos. También las decisiones más importantes eran tomadas en conjunto o se delegaban competencias específicas. Así lo relata el propio Aristóteles, quien explica que soberanía es el tipo de gobierno que le corresponde a una ciudad y en el caso de las democracias, el soberano es el pueblo.

Sin embargo, es importante señalar que la comprensión política y jurídica que se tiene hoy de la democracia no es resultado de la herencia de las instituciones griegas. Lejos de ello, la actual concepción de democracia es heredera del pensamiento moderno, aquella que se instaura con el triunfo de la Revolución Francesa y el establecimiento del Estado moderno. Aunque mantiene como carácter central la soberanía que descansa en la voluntad popular, la democracia moderna tiene como presupuestos básicos la elección de autoridades de gobierno mediante el sufragio universal, la división tripartita del poder estatal (la clásica división de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo), la garantía de derechos y libertades ciudadanas para todos, así como un sistema de partidos

políticos sobre el cual descansa la dinámica de representación.

Como quiera que la expresión condensa una propuesta política y un conjunto de valores, sobre ella se han postulado distintos programas políticos que plantean modificaciones, variaciones u orientaciones determinadas respecto del *modus operandi* en que este modelo organizativo se sostiene (democracia cristiana, socialdemocracia, etc.). Dichas tesis pueden ser tratadas y desmenuzadas debidamente por las ciencias políticas o las ciencias sociales, pues desde la perspectiva jurídica se alude básicamente a dos grandes modelos vigentes acerca de la democracia en el debate contemporáneo. Más precisamente, el Tribunal Constitucional peruano ha traído a colación en su jurisprudencia, el carácter diferenciado de dos tipos de democracias, y sus importantes implicancias en el terreno normativo y legal. Asumiendo esta lógica, presentamos un bosquejo de los principios e instituciones que se desprenden de dichos modelos en pugna. Nos referimos a la democracia representativa y la democracia participativa.

■ ~ representativa

La democracia representativa es propiamente el modelo de organización política y jurídica que se configura con el Estado moderno. Es decir, es la democracia que se instaura como modelo organizacional intrínseco al nuevo Estado francés de fines del siglo XVIII, del que ya habíamos hecho mención. Para Robert Dahl los presupuestos de esta democracia son tres: la tradición republicana, el gobierno representativo y el principio de igualdad. Dichos caracteres, sin

embargo, no son genuinamente originales, sino son tomados de experiencias pasadas, aunque la modernidad los reúna para dar forma a esta nueva configuración social e institucional. Ya el antiguo republicanismo griego, el exitoso sistema romano y la experiencia de la República de Venecia del Renacimiento planteaban formas de organización basadas en una combinación de principios democráticos y aristocráticos, con un gobierno representativo, igualdad formal ante la ley y el imperio de esta, a través de la obediencia total al ordenamiento normativo institucional. Estos antecedentes son decisivos en la implantación de las democracias reformuladas del siglo XVIII en Francia y Estados Unidos, pero también en Inglaterra del siglo XVII.

En consecuencia, la democracia representativa es también conocida como democracia indirecta, en la medida que es el pueblo soberano quien delega las facultades de gobernar en autoridades legítimamente elegidas. Siendo el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo los dos poderes -políticos- del Estado, al menos uno de ellos es elegido vía elecciones generales. Por eso, en los sistemas democráticos occidentales existen dos formas de democracia representativa: a) *la democracia republicana*, que instituye el sufragio universal para la elección del Presidente del Ejecutivo (Presidente de la República) y de los representantes del Parlamento o Fuero Legislativo; y b) *la democracia parlamentaria*, que instaura el sufragio universal para los representantes del Parlamento, quien nombrará a su vez al que presidirá el Ejecutivo

(Primer Ministro). En cualquiera de sus dos versiones funciona como un sistema de limitación, control y distribución del poder.

En términos jurídicos, todas las democracias representativas poseen una Constitución y un ordenamiento normativo que reconocen los derechos y libertades ciudadanas, que asigna las funciones y competencias estatales claramente establecidas, y que garantiza un sistema multipartidario sobre el cual se asienta el modelo político de representación. Así, existen por un lado autoridades, y por otro lado ciudadanos que solo participan en política en las situaciones legalmente previstas según el calendario electoral; a menos que decidan incursionar formalmente en política e incorporarse al sistema de partidos. A un tipo de democracia de esta naturaleza corresponde la clásica percepción de ciudadano como sujeto titular de derechos que los ejerce libremente y cuya participación en el espectro público es opcional. Aunque las democracias representativas son las que han demostrado mayor perdurabilidad en la historia, actualmente afronta varios cuestionamientos y muchos críticos afirman que el modelo se encuentra en crisis.

■ ~ participativa

Las principales críticas que plantea el modelo de democracia participativa al modelo representativo indica que este último habría incentivado las llamadas *libertades civiles* (derechos civiles), pero lo que ellos denominan *libertades económicas* (derechos socioeconómicos) y *libertades políticas*

(derechos políticos) habrían quedado anulados por este sistema que propugna la igualdad formal ante la ley pero que, con la dinámica del mercado y los círculos políticos cerrados que se genera, habría quitado peso y poder real a la ciudadanía en las decisiones que le atañen directamente, generando un problema de igualdad material y carencias que se puede evidenciar en los hechos. Ello se reflejaría en la crisis que vive actualmente el sistema.

Por eso, la democracia participativa busca ahondar en las ya mencionadas instituciones de la democracia griega del siglo V de a.C., en la medida que busca un referente alternativo a la idea de democracia representativa. Dado que no existe experiencia contemporánea similar, recurre al pasado griego –específicamente a Atenas–, donde la democracia se concebía como una relación de simbiosis entre ciudadanos y polis. La democracia antigua era *una democracia directa*, o sea un autogobierno. El autogobierno, tal como lo practicaban los griegos, requería un compromiso general de los ciudadanos con el servicio público, pues todos vivían asignándose funciones en la esfera pública, generando una correlación ideal de fuerzas. Sin embargo, dicho modelo no era perfecto y también presentaba sus limitaciones –piénsese que existían esclavos y personas que no contaban con el estatus de ciudadano, o que la actividad política relegó las actividades privadas del ciudadano al punto que creó desórdenes económicos–. En todo caso, esta forma de gobierno respondía a un contexto y una

situación propia de las *polis griegas*, donde el número de ciudadanos era pequeño, además de estar debidamente concientizados. Así, la democracia directa queda circunscrita a una época histórica determinada por sus propias circunstancias.

Pese a que no se pueda aseverar que hoy es posible una democracia de este tipo como versión radicalmente opuesta a la democracia representativa –descontando lo sucedido en los regímenes del llamado socialismo burocrático, donde fracasaron las denominadas “democracias populares”–, se ha planteado a la democracia participativa como una vía alternativa que toma muchas características de este modelo en estado puro, donde no existía mediación de representación para el gobierno del pueblo. El modelo alternativo de democracia participativa encuentra su tradición en pensadores modernos como Rousseau o Tocqueville, antes que en Marx. Así, por ejemplo, Tocqueville insistía en que la disposición ciudadana para participar en política constituye una condición sine qua non para que la propia democracia persevere y rinda frutos continuamente, generando bienestar general. Por ello, plantea la necesidad de combinar el sistema de derechos y procedimientos democráticos (democracia representativa) con la participación directa de los ciudadanos a través de la formación o fortalecimiento de espacios públicos al interior de instituciones mediadoras entre sociedad y Estado.

La democracia participativa busca, en consecuencia, acercarse en la

medida de lo posible y de lo responsable al modelo griego de democracia directa, de manera que todos participen del ejercicio del poder. Empero, ahora con limitaciones. Hay en dicha premisa un enfoque sui géneris para desarrollar una democracia masiva, que desde la teoría de la argumentación se puede denominar democracia sustancial, aquella donde una mayor deliberación pública se hace presente. En términos jurídicos, el modelo buscar instaurar nuevas instituciones legales y más medios de canalización de las demandas ciudadanas, superando a los ya tradicionalmente previstos en el ordenamiento jurídico, otorgando mayor peso y participación a la ciudadanía en la dinámica del gobierno, sin desconocer las ya existentes instituciones del modelo representativo.

En la práctica, los canales o vías institucionales que propugna la democracia participativa son variados y heterodoxos. En ningún caso, anularían el clásico sistema de representación multipartidaria pero abren el abanico de derechos políticos y sociales. Algunas formas las tenemos ya instaladas, como es la participación ciudadana a través de colectivos, u organismos no gubernamentales. También vuelven a cobrar fuerza las clásicas asociaciones y sindicatos. Junto con ellos, están las figuras del referéndum, plebiscito, cabildo abierto, presupuesto participativo o revocatoria de autoridades como recursos para el ejercicio ciudadano. Todos ellos son mecanismos que han adquirido fuerza, y en mayor o menor medida, reconocimiento legal sino es que ya son debidamente

garantizadas por la ley. Piénsese en el derecho a la consulta, hoy reconocido a las comunidades nativas, como un avance en dicho sentido.

Finalmente, cabe señalar que según Giovanni Sartori, todas nuestras democracias son indirectas, en la medida que estamos gobernados por representantes. No se trataría así de dos sistemas contrapuestos, aunque la democracia participativa puede presentarse como un modelo viable, dado las limitaciones o problemas del modelo representativo. Al modo como ciudadanía activa, no se opone al concepto de ciudadanía legal, la complementariedad que ofrece el modelo participativo, incorporando demandas ciudadanas y canalizando intereses sociales, genera nuevas soluciones a la crisis y brinda mayor legitimidad al poder, soporte mismo del Estado de Derecho en las democracias contemporáneas. Eso sí, siempre existiría a la base una democracia institucionalizada, que no es desde luego directa, sino representativa por delegación soberana.

Bibliografía consultada

- **ARISTÓTELES.** *Política*. Gredos, Madrid, 1994.
 - **DAHL, Robert.** *La democracia y sus críticos*. Paidós, Barcelona, 1992.
 - **SARTORI, Giovanni.** *Teoría de la democracia. Los problemas clásicos*. Tomo 2, Alianza, Madrid, 1988.
 - **TOCQUEVILLE, Alexis de.** *La democracia en América*. Guadarrama, Madrid, 1969.
- **Voz relacionada:** Ciudadanía.

DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Derecho fundamental que reconoce la autonomía del consentimiento de las personas en el contexto del procesamiento automático de datos, al fijar una serie de límites a las actividades de recolección, manejo y acceso a toda base de datos. Estos límites van desde la forma de obtención de datos personales, la cual solo podrá ser por consentimiento del titular o por mandato legal, hasta la prohibición expresa de no manejo de datos referidos a la vida privada o la intimidad de las personas. Además, se reconoce la capacidad de los titulares del Derecho para controlar la corrección y constitucionalidad de la información que le concierne.

Si bien no es unánime el reconocimiento de un dominio absoluto del titular sobre la totalidad de los datos personales obtenidos e informatizados, es aceptado que existe un control para que la base de datos tenga información actual y no sensible.

El fundamento de su reconocimiento como derecho fundamental es variado. Mientras que en países con una marcada preferencia por las libertades comunicativas se ha construido la protección de los datos personales como una derivación de la prohibición de no autoincriminación, como se observa en el caso de los Estados Unidos y su Quinta Enmienda; en Estados como el de Alemania, que opera con mayor suspicacia frente a potenciales manejos totalitarios, el sustento de la protección de los datos personales ha sido ubicado en la dignidad humana.

En todo supuesto, la configuración (jurisprudencial) del derecho a la autodeterminación informativa ha respondido a exigencias perentorias propias de la sociedad moderna frente al uso indiscriminado de la data recolectada de las personas.

Este derecho resulta ser una manifestación de los derechos de la personalidad, en tanto el reconocimiento de la potestad de control se desprende del asumir a la autodeterminación de la persona como una de las aristas de la dignidad humana.

Quien ostenta la posición jurídica activa del derecho a la autodeterminación informativa es toda persona cuyos datos personales hayan sido obtenidos para formar parte de una base de datos automatizada. El sujeto pasivo es tanto la autoridad o funcionario del Estado que maneje o acceda a estos datos, como también los particulares que administren o tomen contacto con centrales privadas de información de riesgo.

En tanto derecho al no impedimento de acciones de control del titular del derecho sobre sus datos personales, el derecho a la autodeterminación informativa requiere de la existencia de un aparato organizativo que provea las garantías necesarias para que la información recolectada, ya sea por propia voluntad del titular o por previsión legal, sea correcta y no lesiva. Por lo tanto, este derecho se comporta como un derecho fundamental a organización y procedimientos.

Bibliografía consultada

- **ADINOLFI, Giulio.** "Autodeterminación informativa, consideraciones acerca

de un principio general y un derecho fundamental". En: *Cuestiones constitucionales*. N° 17, 2007.

- **REHM, Gebhard Marc.** "Just judicial activism? Privacy and informational self-determination in U.S. and German constitutional law". En: *Working paper series*. 23 de enero, 2000, disponible en SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=216348> or doi:10.2139/ssrn.216348>.
- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN.** "Censo de población. Sentencia BVerfGE". En: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Jürgen Schwabe (compilador), Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA E INFORMADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A diferencia del Convenio 107, que centraba su atención en la adopción de todo tipo de medidas que permitan la "integración" de los pueblos indígenas en sus sociedades nacionales, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reconoce el valor intrínseco de estas poblaciones y su capacidad para decidir su propia forma de vida y sus prioridades económicas, sociales y culturales. Es en el marco de esta nueva concepción del valor y el rol que tienen los pueblos indígenas dentro de la comunidad política, que el Convenio 169 reconoce en el artículo 6.1. a) el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa e informada, sobre cualquier decisión legislativa o administrativa susceptible de afectarles directamente. Aunque el Tribunal Constitucional peruano inicialmente relacionó este derecho con el derecho de los pueblos indígenas a la

participación política, de la lectura sistemática del Convenio puede apreciarse un cierto tratamiento diferenciado para ambos derechos, sustentado en la forma cómo una decisión estatal incide en la vida de los pueblos indígenas. Así, cuando el Convenio habla de planes, programas y estudios, en materia de desarrollo económico, educación, salud, formación profesional, de alcance nacional o regional, pero con incidencia en los pueblos indígenas, prescribe la necesidad de que dichos planes sean desarrollados en *cooperación* con los pueblos indígenas y con aseguramiento de su *participación* en las instancias de discusión respectivas. Sin embargo, cuando el Convenio habla de explotación de los recursos naturales ubicados en territorios de los pueblos indígenas, de la capacidad para enajenar sus tierras fuera de la comunidad, de la organización o funcionamiento de programas especiales de formación profesional, de las medidas para ejecutar la educación en lengua materna, el Estado deberá desarrollar procesos de consulta a los pueblos indígenas involucrados en dichas medidas.

El derecho de consulta, conforme ha sido destacado en la doctrina y en la jurisprudencia, encuentra su fundamento en dos órdenes de razones: i) en primer lugar, en el reconocimiento que hace el Estado y la comunidad internacional de la exclusión histórica de estos pueblos de la vida política, social y cultural de sus países, y del fracaso de los mecanismos de democracia representativa, como forma de tutelar sus intereses y derechos, lo que obliga a la instauración de un mecanismo mucho más directo que les permita hacer oír su voz y dar a conocer sus intereses, de un modo auténtico; y ii) en segundo lugar, en el

reconocimiento del valor que tiene para los pueblos indígenas, un cierto grado de autonomía que les permita organizar su vida, de acuerdo a su propia cosmovisión cultural, lo que exige un mecanismo que les permita, en la mayor medida posible, preservar dicho ámbito de autonomía colectiva. La consulta, sin embargo, más allá de constituirse en un mecanismo para la protección de los pueblos indígenas y para la superación de su discriminación histórica, ha sido visto también como una posibilidad para la construcción de aquel ideal de diálogo intercultural, que no aspira a la asimilación cultural (presente en el Convenio 107 de la OIT), ni tan siquiera a una tolerancia cultural basada en la creación de “autonomías” aisladas (como en el modelo de Kymlicka), sino que supone el respeto, comprensión e interrelación entre culturas, que permita la consecución de mayores márgenes de tolerancia, cohesión y legitimidad, tan requeridos en la democracia constitucional contemporánea.

■ Contenido constitucionalmente protegido del ~

El Tribunal Constitucional peruano ha iniciado la construcción dogmática de este derecho, definiendo las posiciones iusfundamentales que se incorporan en su ámbito constitucionalmente protegido: i) el derecho de acceder a la consulta cuando exista alguna medida legislativa o administrativa que les afecte; ii) el derecho a que en el procedimiento de consulta instaurado se respeten las características esenciales de este proceso; y iii) el derecho a que se respeten y cumplan los acuerdos que se

adopten en el proceso de consulta. Por su parte, las características o principios esenciales de este proceso son: i) *buena fe* en la actuación de las partes durante todas las etapas del procedimiento, lo que supone excluir acciones tendenciosas, obstruccionistas o engaños; ii) *flexibilidad*, que supone un procedimiento culturalmente adecuado, respetando los usos y costumbres de las partes, y ajustado a las circunstancias en que se realiza la consulta y al tipo de consulta que se lleva a cabo; iii) *finalidad de lograr un acuerdo*; o en los términos del Convenio 169 de la OIT, la consulta debe buscar alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas, lo cual pone en cabeza del Estado la responsabilidad de plantear alternativas a los pueblos indígenas que impidan daños en su hábitat, que mitiguen los efectos perjudiciales de la medida a implementar, que los haga partícipes del desarrollo impulsado o que tome en cuenta las propuestas específicas alcanzadas por ellos para proteger sus intereses, con el objeto de brindar legitimidad al proceso de consulta y a la medida finalmente adoptada; iv) *transparencia*, que apareja la exigencia de que la consulta se lleve a cabo con toda la información necesaria para adoptar una decisión adecuada; y v) la implementación previa del proceso de consulta, anterior a la adopción de cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas. El Tribunal Constitucional ha habilitado el proceso de amparo para la protección de las posiciones iusfundamentales y los principios esenciales contenidos en el derecho a la consulta (STC Exp. N° 0022-2009-PI/TC).

Sujetos participantes en la consulta previa

En lo que respecta a las partes involucradas en el proceso de consulta, el Convenio 169 de la OIT es claro en señalar que la consulta le compete realizarla al Estado, y como afirma la Ley N° 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, específicamente a la entidad que va a emitir la medida que pueda afectar directamente a los pueblos indígenas. Por su parte los pueblos indígenas, más allá de su denominación por el Estado, de acuerdo al Convenio 169 de la OIT son aquellos que tienen elementos objetivos (historia, lengua, territorio, costumbres, etc.) y subjetivos (autopercepción de ser pueblos originarios) que los identifican como originarios y que participan en el proceso de consulta a través de sus autoridades elegidas de acuerdo a sus costumbres.

Etapas del proceso de consulta previa

En cuanto a las etapas del proceso de consulta, la Ley N° 29785, recogiendo de alguna manera el desarrollo efectuado por el Tribunal Constitucional sobre este aspecto, ha detallado que dichas etapas son: i) la identificación de las medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles; ii) identificación de los pueblos indígenas a ser consultados; iii) publicidad de la medida legislativa y administrativa a adoptarse; iv) información a los pueblos indígenas sobre la medida legislativa o administrativa; v) evaluación interna de los pueblos indígenas sobre la medida a adoptarse; vi) proceso de diálogo entre los representantes del Estado y de los pueblos indígenas; y vii) decisión.

Derecho de veto o consentimiento en la consulta previa

Por último, en lo atinente a la decisión adoptada luego del proceso de consulta, el Tribunal Constitucional y la Ley N° 29785 (recogiendo una inicial interpretación de la Comisión de Expertos de la OIT) han sido enfáticos en señalar que dicha decisión le compete al Estado, no siendo posible que el pueblo indígena consultado imponga algún veto a la medida a adoptarse. Esta afirmación, sin embargo, plantea la interrogante de si es posible que el Estado adopte una decisión que afecte gravemente los derechos básicos de los pueblos indígenas, con la sola condición de llevar a cabo el proceso de consulta respectivo. En primer lugar, este problema plantea el asunto de si es posible siquiera la realización de la consulta cuando se van a afectar derechos esenciales de los pueblos indígenas, pues estaríamos ante un caso de renuncia de derechos. En segundo lugar, el recurrido tema de si en estos casos es exigible el consentimiento de los pueblos afectados. Sobre este punto es preciso recordar que el propio Convenio 169 de la OIT ha prescrito la necesidad de un consentimiento cuando la medida suponga el desplazamiento del pueblo involucrado. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, han destacado otros supuestos que exigirían alcanzar el consentimiento:

la realización de proyectos de gran escala, que supongan la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; del mismo modo, el vertimiento o almacenamiento de materiales peligrosos o residuos en las tierras de los pueblos indígenas. En cualquier caso, resulta claro, como lo ha destacado la Corte Constitucional de Colombia, que al momento de adoptar la decisión el Estado tiene el deber de respetar y proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en un marco de razonabilidad y proporcionalidad.

DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación se encuentra reconocido en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo XI de la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre, en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, entre otros documentos internacionales de carácter regional suscritos en otros continentes. Ha sido además objeto de desarrollo doctrinal en la Observación General N° 11 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con relación a los "Planes

de acción para la enseñanza primaria” y en la OG N° 13 del mismo Comité, donde se delinea un marco más amplio sobre el derecho a la educación. Igualmente, ha sido materia de análisis por la Relatora Especial de la ONU para el derecho a la educación, a través de los documentos E/CN.4/1999/49, E/CN.4/2000/6, y E/CN.4/2001/52. En nuestro país, este derecho ha sido incorporado en los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1993.

Tanto en los documentos internacionales como en la Constitución, cuando se aborda el derecho a la educación se incorporan derechos en realidad distintos, aunque conexos al desarrollo del proceso educativo. Así, en primer lugar, se habla en estricto, del derecho de acceso a los servicios educativos; luego se enuncian los derechos involucrados en el curso del proceso educativo, como el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos, el derecho de las personas naturales o jurídicas a formar instituciones educativas, el derecho a la libertad de cátedra, el derecho a no ser objeto de medidas disciplinarias desproporcionadas, el derecho a la libertad religiosa ejercida en los centros educativos, entre otros; para finalmente referirse, a los derechos ganados producto de la educación, como el derecho a beneficios de ciudadanía plena o el derecho al ejercicio profesional, entre otros. Aunque estos componentes suponen de por sí derechos independientes, son también esenciales en la comprensión integral del derecho a la educación.

En lo que respecta estrictamente al derecho de acceso a los servicios educativos, el Comité de DESC y el Tribunal Constitucional peruano han interpretado que este incluye, además del acceso,

la permanencia en el centro educativo, sujeto a las condiciones establecidas en la ley. Por lo demás, el contenido de este derecho supone la provisión de un servicio educativo que cumpla con el esquema conocido como de “las cuatro A”: i) que sea “asequible”, en el sentido de que exista disponibilidad de centros educativos, públicos y privados, para satisfacer la oferta educativa; ii) que sea “accesible”, esto es, que ofrezca la posibilidad física y económica de ingresar al sistema educativo; iii) que sea “aceptable”, en el entendido que la educación brindada debe ser de calidad; y iv) que sea “adaptable”, en el sentido que el servicio esté adaptado a las necesidades educativas de determinada localidad y a las costumbres, tradiciones y expresiones culturales de un pueblo.

En lo relativo a la dimensión de acceso, el Estado se encuentra obligado, por el derecho a la educación, a no prohibir la apertura de centros educativos privados que cumplan los requisitos previstos en la ley, así como a proveer de centros educativos a las localidades que carezcan de ellos (accesibilidad física); mientras que en lo atinente a la accesibilidad económica, los pactos internacionales han vinculado este derecho con la obligación absoluta de gratuidad de la enseñanza en el nivel inicial y primario, mientras que en los niveles, secundario y superior, la gratuidad debe ser aplicada progresivamente, aunque condicionada a la capacidad y los méritos académicos en el caso de la educación superior. En nuestro país, la Constitución ha reconocido en su artículo 17 un nivel más avanzado de protección del derecho a la educación, al garantizar la gratuidad de la educación en los colegios públicos, en los niveles

primario y secundario; mientras que en el nivel superior ha condicionado la gratuidad al rendimiento académico y la disponibilidad de recursos del estudiante o su familia. Con todo, el artículo 16 ha prescrito el deber estatal de remover todos los obstáculos para impedir que una persona no goce del derecho a la educación por causa de su situación económica o sus capacidades especiales.

En cuanto a la dimensión de la calidad educativa, si bien es cierto el cumplimiento de dicho componente es el más complejo, sobre todo por la dificultad para la medición de los avances y retrocesos de la calidad, también es preciso destacar que, en el sistema educativo se trabaja de ordinario con muchas variables que pueden medir el avance de las políticas educativas en materia de calidad (índices de analfabetismo, disposición de escuelas y profesores por número de niños, encuestas sobre capacidad lectora y razonamiento matemático, entre otros). Por lo demás, en la actualidad existe una naciente literatura en torno al uso de indicadores para medir el “goce efectivo” de los , y no solo el acceso simple a los servicios públicos, incorporando además enfoques diferenciales que atiendan a las especificidades de diversos grupos vulnerables.

Por último, en lo atinente a la adaptabilidad del servicio, la OG N° 13 y la Constitución de 1993 hacen marcada referencia a la educación especial que deben recibir las personas con capacidades especiales y al deber estatal de promoción de la educación intercultural bilingüe, que se les debe otorgar a los niños criados en comunidades indígenas con cosmovisiones culturales distintas del resto de la población.

Bibliografía consultada

- **AA. VV.** *La medición de derechos en las políticas sociales*. Víctor Abramovich y Laura Pautasi (compiladores), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.
- **ALVITES ALVITES, Elena.** “Perspectivas constitucionales sobre el derecho fundamental a la educación”. En: *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Juan Manuel Sosa Sacio (Coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- **KWEITEL, Juana y CERNADAS, Pablo Ceriani.** “El derecho a la educación”. En: *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Curtis (compiladores), Fontamara, México, 2006.
- **UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ GARAVITO, César.** “Constitución, modelo económico y políticas públicas: Una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia”. En: *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito (coordinadores), Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Diego Portales, Centro de Estudios Legales y Sociales y Red (Latino) Americana y Europea de Derechos Humanos, Bogotá, 2010.

DERECHO A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

La Constitución reconoce un derecho a la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales a través del inciso 2 del artículo 139, el cual menciona que “ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución”.

Este derecho no solo garantiza la obtención de una respuesta judicial razonable y fundada en derecho, sino que incluye el derecho a que las sentencias y resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos y en el plazo debido. De esta manera, su cumplimiento no puede quedar librado a la particular interpretación que de ella pudieran hacer las partes o a la que hagan los propios encargados de su ejecución. De allí que el término ejecución habrá de entenderse en el sentido de cumplimiento, acatamiento, respeto o puesta en práctica del fallo de la sentencia.

🗨 **Voz relacionada:** Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad personal es un derecho fundamental de características complejas. En la medida que es una garantía constitucional, despliega su eficacia en diversos ámbitos que inciden en la protección de una amplia gama de derechos constitucionales; asimismo, repercute en una serie de aspectos legales regulados tradicionalmente en el Código Civil –inscripción del nombre, documento de identidad, partidas o registros– dándoles una nueva configuración.

El derecho a la identidad se encuentra establecido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Cabe señalar que no solo es un derecho de rango constitucional, sino que está protegido a nivel internacional por los instrumentos más importantes en materia de derechos

humanos. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas señala en su artículo 7 que todo menor será inscrito en los registros inmediatamente después de su nacimiento, teniendo en consecuencia un derecho al nombre, así como a poseer una nacionalidad. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 18 que toda persona tiene derecho al nombre propio y a los apellidos, por lo que las leyes respectivas se encargarán de reglamentar dicho procedimiento de inscripción.

En ese sentido, la noción más extendida y tradicional ha entendido la protección del derecho a la identidad de la persona junto con el derecho al nombre. Tal es así que nuestra anterior Constitución, de 1979, se refería textualmente del derecho a un nombre propio en el mismo apartado que hoy fija expresamente el derecho a la identidad, existiendo una tácita correspondencia. Efectivamente, es correcto señalar que el derecho al nombre está comprendido como parte esencial del derecho fundamental a la identidad personal; sin embargo, los elementos que contiene el mencionado derecho superan largamente esta garantía específica. Desde una perspectiva contemporánea, la identidad personal se puede catalogar básicamente como un derecho de connotaciones binarias; es decir, sus características comprenden dos dimensiones. Así, tenemos una identidad en sentido formal y otra en sentido sustantivo.

Podemos señalar que *la dimensión formal del derecho a la identidad* comprende básicamente el derecho a un nombre así como la inscripción de datos físicos y de origen que se encuentran, por

ejemplo, en las partidas o en el Documento Nacional de Identidad (DNI). De hecho, el derecho a portar el DNI también es una consecuencia del derecho a la identidad. En general, la lista de factores de individualización de este tipo es significativa y todos están protegidos como derecho fundamental. Podemos considerar, dentro de esta línea, las características que García Toma denomina “elementos jurídicos” y que comprenden parte del catálogo de garantías ya mencionadas: derecho al nombre, al domicilio, a la hora de vida reconocida y comprobada. A ello puede adicionársele otros elementos formales a proteger, como el nivel de formación o las características profesionales de la persona.

Asimismo, *la dimensión sustancial o subjetiva del derecho a la identidad*, comprende aspectos más amplios y densos. Pese a ello, su tratamiento en la doctrina no es nuevo. Ya hace varias décadas, Fernández Sessarego hacía alusión a esta dimensión cuando hacía referencia a la “dimensión dinámica” del derecho a la identidad. Esta dimensión consiste en proteger la proyección social de la personalidad, de tal manera que no sea alterado o desnaturalizado el patrimonio cultural del sujeto. Igualmente, podemos ubicar esta dimensión del derecho a la identidad en un conjunto de elementos ideológicos y conductuales. Los elementos ideológicos serían las convicciones políticas y religiosas de una persona, así como la interpretación filosófica y moral de las cosas; mientras que los elementos conductuales serían el desenvolvimiento social, la idiosincrasia, cultura e incluso, características biológicas que inciden en el comportamiento de una persona.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *La Constitución Comentada artículo por artículo*. Walter Gutiérrez (Editor), Gaceta Jurídica-Congreso de la República, Lima, 2005.
- **GARCÍA TOMA, Víctor.** *Los derechos fundamentales en el Perú*. Jurista, Lima, 2008.
- **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *El Derecho como libertad*. Ara, Lima, 2006.

DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

Si bien se entiende el derecho a la identidad personal como un derecho transversal a todo el sistema de derechos fundamentales; sin embargo, dada su naturaleza integral y sus complejas características, este no alcanza a comprender la naturaleza identitaria de los grupos sociales con un fuerte arraigo localista. Al respecto, también existe un derecho de identidad de naturaleza social que se aborda desde una perspectiva distinta al derecho estipulado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política, aunque sin duda sean complementarios. Nos referimos al derecho a la identidad étnica y cultural, contemplado en el artículo 2, inciso 19 de la Constitución peruana.

El derecho a la identidad étnica y cultural es una garantía constitucional que obedece a una realidad amplísima, la cual, con el desarrollo y profundización de una mirada interdisciplinaria del Derecho contemporáneo, expresa la complejidad propia de nuestra época y de nuestro entorno, dando lugar a la construcción de espacios de protección

y reconocimiento para las personas que se desarrollan y se vinculan al mundo natural de forma distinta a la sociedades *occidentalizadas*. Así, el derecho a la identidad étnica y cultural cobra vital importancia en realidades como la nuestra, pues el Perú es multicultural y plurilingüe, como consecuencia de albergar a una variedad importante de razas y culturas.

Desde la perspectiva constitucional, el derecho a la identidad étnica y cultural encuentra su justificación en las bases mismas del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho estipulado en la Constitución, pues, a diferencia de los Estados liberales que presuponen una sociedad homogénea, integrada por personas iguales y libres en abstracto, este modelo tiene en claro que la proyección de la persona se construye desde su perspectiva social y no a partir de una visión ideal. De esta forma, también se respetaría el principio igualdad, introduciendo el concepto de igualdad en la diversidad, un concepto que aún hay que defender e instalar en las sociedades.

A nivel internacional, su protección se da a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que invoca la defensa de la etnicidad. Tanto el término antropológico de etnicidad como la categoría constitucional de identidad étnica y cultural hacen alusión a los mismos presupuestos fácticos: la raza y la cultura. Así, mientras la raza hace referencia a los rasgos biológicos relacionados al color de la piel, la cultura se refiere al lenguaje, religión y costumbres diferenciados de un grupo social determinado. La conjunción de los dos elementos como parte de una misma garantía es resultado de una discriminación

generalmente combinada; es decir, que la descalificación o marginación de un grupo suele darse por ambos factores. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional peruana ha establecido una diferencia entre los dos derechos que conforman esta garantía. Así, el primero se trata de la identidad cultural de un grupo social específico o grupo diferenciado –llámese grupos étnicos– dentro del pueblo en general, mientras que el segundo derecho hace referencia a la identidad cultural en general, ganada a través de la historia, es decir, hay una relación de especie a género.

Así visto, el problema en los Estados modernos sería balancear el principio de igualdad con el de respeto a la diferencia, en un ambiente plural y democrático. Para expertos como Kymlicka, por ejemplo, el resultado de la reivindicación de estos grupos étnicos y culturales pasa por reconocer sus derechos colectivos, entre ellos el derecho a la diferencia cultural; esto daría paso a la creación de una ciudadana diferenciada –por ejemplo, la asháninca– que procuraría equilibrar los derechos individuales con las demandas culturales que tienden a restringirlos. De esta forma, se respetaría el denominado patrimonio cultural inmaterial, aquello que las comunidades y grupos en mención transmiten a través de las nuevas generaciones, inculcando interacción e identidad con la naturaleza y su propia historia; lo que permite, a su vez, la protección de la diversidad y la creatividad humana.

Bibliografía consultada

- GARCÍA TOMA, Víctor. *Los derechos fundamentales en el Perú*. Jurista, Lima, 2008.

- **GUEVARA GIL, Armando.** *Diversidad y complejidad legal.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
 - **MESÍA, Carlos.** *Derechos de la persona. Dogmática constitucional.* Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2004.
 - **KYMLICKA, Will.** *Ciudadanía multicultural.* Paidós, Barcelona, 1996.
- ▶ **Voz relacionada:** Multiculturalismo.

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Derecho fundamental por el que se reconoce la indemnidad e intangibilidad de todas las dimensiones del ser humano. Comprenden tanto el aspecto fisiológico como el psíquico y el moral. Es un derecho a no afectación de la integridad, así como también es un derecho a acciones positivas para su manutención, y una libertad jurídicamente protegida, por lo que toda intervención sin el consentimiento del titular del derecho, o de personas autorizadas para darlo, configura una lesión. Este consentimiento se ve limitado a que no genere una grave afectación a la configuración psicofisiológica de la persona, limitándose a situaciones de estado de necesidad.

La titularidad del derecho es de carácter universal, por lo que es un derecho que no puede ser limitado junto con la libertad de locomoción. El sujeto pasivo también es toda persona, ya sea un particular o una autoridad o funcionario del Estado.

Para determinar un alcance amplio del contenido del derecho a la integridad, puede recurrirse a la noción del libre desarrollo de la personalidad como pauta interpretativa.

En el plano de lo físico, el derecho a la integridad es un derecho a no sufrir un menoscabo en el cuerpo, tanto en la apariencia externa como en la configuración biológica o genética. Para la constatación de una lesión al derecho a la integridad física, no es necesario que se produzca un menoscabo de la salud, pues basta que exista una alteración en el cuerpo del titular sin que haya mediado consentimiento alguno para que esta se produzca. Sin embargo, lo que sí es necesario es el que se verifique el menoscabo físico, independientemente de su efecto en la salud.

En lo referido a la integridad psíquica, por este derecho fundamental se asegura el mantenimiento de las capacidades de la psiquis o la fuerza vital del hombre. En tal sentido, comprende toda habilidad motriz, emocional e intelectual.

Por el derecho a la integridad moral comprende el desarrollo de la vida de la persona, en el plano individual y en sociedad, conforme a las convicciones. De tal forma que se prohíbe la generación de trastornos en la personalidad y en la proyección de su vida en sociedad. Se ha conectado este actuar en comunidad con las convicciones personales con base en la cultura, la política y la religión (Exp. N° 2333-2004-PHC).

La prohibición de la tortura y del trato cruel y degradante opera como un mandato perentorio, porque su comisión vacía de contenido el derecho a la integridad, en tanto repercute en la integridad física, psíquica y moral. De tal manera que quedan proscritos tanto los tratos inhumanos, que provocan graves sufrimientos y trastornos, como los tratos degradantes, que generan la humillación de una persona frente a

otra. Es por eso que, siendo tan grave la comisión de torturas o tratos crueles y degradantes que resulta manifiesta la incidencia en la dignidad humana, por lo que se proscriben todo tipo de degradaciones de la persona.

Las intervenciones corporales que permiten obtener información, en el marco de procesos o procedimientos, no configuran una afectación a la integridad en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Bibliografía consultada

- **CANOSA, Raúl.** *El derecho a la integridad personal.* Lex Nova, Madrid, 2006.
- **GIL HERNÁNDEZ, Ángel.** *Intervenciones corporales y derechos fundamentales.* Colex, Madrid, 1995.

DERECHO A LA INTIMIDAD

Derecho fundamental que protege la situación de reserva de aspectos de la vida excluida del escrutinio público, tales como los pensamientos, los sentimientos, las emociones y conductas que no generan externalidades sociales, independientemente que se realicen o no. Se configura centralmente como un derecho a no afectación de tal situación, así como la protección jurídica de la libertad de comunicarlos o mantenerlos en reserva.

La titularidad del derecho es de carácter universal, aun cuando sea una persona que constante u ocasionalmente actúa en la vida pública, y es esta la razón por la que solo es parte de ese aspecto de su vida tanto su labor como su comportamiento públicos. El sujeto pasivo es toda persona, sea esta un particular o un

medio de comunicación (que como institución constitucional se le impone mayores responsabilidades), una autoridad o un funcionario del Estado.

La protección del espacio de reserva se justifica en el carácter complejo de la vida en sociedad, que requiere un cierto distanciamiento de la vida pública para desarrollar las individualidades y contar con una capacidad de autodeterminación. Es por esta razón que se le considera como un derecho de la personalidad, la cual se forma con el reconocimiento de una *autodisponibilidad* sin interferencias o impedimentos externos. Esta necesidad de la protección de un espacio mínimo exige que sea irrelevante la valoración del objeto de tutela constitucional, que es la situación de reserva. Por lo que el fundamento de protección de la intimidad no se encuentra en bienes constitucionales como la propiedad, sino en la inviolabilidad de la persona.

Debido a su constante conflicto con los derechos a la libertad de expresión e información, solo será exigible la dilucidación de la veracidad de lo que se predica cuando resulte ser de interés público, en cuyo supuesto, lo que se examina es la calidad de la información y no la constatación fáctica de lo reservado. Es por ello que el derecho a la intimidad no condiciona su alcance a la verdad o falsedad de lo publicado, en cuyo caso, se estaría en el plano del derecho al honor, sino que alcanza la protección de la reserva de espacios mínimos de desarrollo de la personalidad. Por lo tanto, del derecho a la intimidad no solo se desprende el derecho de defensa frente a una incorrecta descripción de aspectos íntimos de la vida privada, sino también el que estos aspectos puedan ser descritos.

Bibliografía consultada

- **PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.** *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Novena edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- **SCHWARTZ, Paul M.** "Warrantless wiretapping, FISA Reform, and the lessons of public liberty: a comment on Holmes's Jorde Lecture". En: *California Law Review*. Vol 97, N° 407, 2009.
- **WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis.** *El derecho a la intimidad*. Civitas, Madrid, 1995.

DERECHO A LA INVIOABILIDAD DE DOMICILIO

Derecho fundamental que otorga una protección concreta del espacio físico en donde la actuación del titular no está condicionada a las convenciones sociales. Por lo que supone el resguardo del ámbito básico en donde se expresa la personalidad. Las razones de su protección se extraen, además de la dignidad, de otros bienes constitucionales como la integridad, la seguridad personal, la autonomía y la vida privada y de la libertad.

Resulta ser una manifestación específica y un mandato formal de intangibilidad de espacios reservados al desarrollo de la vida privada y la intimidad personal y familiar. Esta relación, en función del grado de concreción del objeto de protección, explica cómo es que históricamente el reconocimiento de la inviolabilidad de domicilio apareció antes que el del derecho a la intimidad.

La intromisión al domicilio solo está permitida, como señala la Constitución

peruana en su artículo 2, inciso 9, en tres supuestos: por voluntad del titular, por orden judicial o por la comisión de un delito, en tanto este sea flagrante o exista un muy grave peligro en su perpetración. Además, la limitación del derecho a la inviolabilidad de domicilio cuenta con la garantía de la reserva legal, condicionada a supuestos de sanidad o grave riesgo.

La norma que se extrae de la disposición constitucional comprende el reconocimiento de la titularidad del derecho y también el mandato que irradia a todo el ordenamiento jurídico.

El sujeto activo es universal, pues se reconoce la titularidad del derecho a toda persona, tomando en cuenta ese espacio físico cuya indemnidad se garantiza. Ese espacio no se limita al concepto civil o penal de *domicilio*, que coincide teóricamente con la definición que se da en otras ramas del Derecho, en tanto sirve para la determinación de la ubicación del sujeto. En contraste con esto, la protección constitucional es más flexible. Esta protección no está condicionada a la permanencia de la persona en el lugar, sino que se obvia este factor para una mejor protección del espacio físico en donde se desenvuelve parte de la vida excluida de lo público.

El sujeto pasivo también es universal, pues el mandato de no afectación se dirige tanto a las autoridades y funcionarios del Estado como a toda persona.

El objeto del derecho fundamental es la no afectación de la situación de indemnidad del espacio que constitucionalmente se califica como domicilio. Frente a esta situación jurídica, la norma iusfundamental tiene una estructura

de regla, pues es un mandato perentorio el que nadie pueda ingresar al referido espacio físico, y las excepciones son del flagrante delito o el peligro grave de producirse. Esta excepción opera como instrumento de lucha contra la criminalidad.

No sucede lo mismo con la orden judicial o la ley de justificada en razones de sanidad o de grave peligro, pues en ambos supuestos, se exige una justificación para derrotar el mandato constitucional. Esta justificación debe responder a circunstancias concretas no previstas en la disposición constitucional, pues solo se presentan al momento de producirse un problema de sanidad, de grave peligro o de la necesidad de investigación en el marco de un proceso judicial.

Cuando media el consentimiento del titular, se está en el plano de la libertad jurídica que tiene el titular del derecho a la inviolabilidad de domicilio de permitir o no permitir el ingreso a este espacio. Esta permisión también puede ser prestada por una persona inequívocamente habilitada por él, como son los cónyuges o hijos mayores de edad.

Estos supuestos habilitados o permitidos de intromisión en el domicilio determinan la validez de la prueba basada en la información obtenida.

Bibliografía consultada

- **DIÉZ-PICAZO, Luis.** *Sistema de derechos fundamentales.* Civitas, Madrid, 2005.
- **GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro.** *La inviolabilidad de domicilio.* Tecnos, Madrid, 1992.

DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación, reconocido en el artículo 2, inciso 13 de la Constitución, es también denominado libertad de asociación o derecho a la libertad de asociación. Al respecto, debe precisarse que la calificación de determinados derechos fundamentales como “libertades” implica incidir en el margen de acción, respecto a la iniciativa privada que otorga dicho derecho. Sin embargo, bajo ningún concepto esta denominación puede interpretarse como que atribuye un carácter diferente a la facultad otorgada, pretendiendo quitarle su apelativo de fundamental.

En el caso concreto del derecho a la libertad de asociación (denominación que se emplea para comprender ambos términos “derecho” y “libertad”), este derecho consiste en la atribución que tiene toda persona para constituir, en consuno con otros, entidades con personalidad jurídica distinta a sus integrantes, para convertirse en sujetos de Derecho, “centro de imputación de derechos y obligaciones”, con la finalidad determinada por quienes decidan integrarla, con la sola limitación de la licitud de su fin.

Por ello, el ámbito de protección o contenido de este derecho incluye lo siguiente: (a) el derecho de los ciudadanos de agruparse para constituir una entidad (que tenga vocación de permanencia, con efectos temporales más extendidos) cuya estructura y funcionamiento esté definida por ellos, (b) el derecho de otros ciudadanos de ingresar o no en dicha entidad, (c) derecho de permanecer en ella de cumplir con sus pautas o reglas internas, así como (d) derecho de

tener la posibilidad de salir de ella si así lo desean.

El Tribunal Constitucional peruano (STC Exp. N° 04938-2006-AA/TC) ha entendido que este derecho implica cuatro aspectos:

- a) La facultad que puede ser invocada por cualquier persona individual, pero que solo se concretiza cuando esta se integra conjuntamente con otras personas que, al igual que la interesada, aspiran a ejercer dicha libertad. Por tanto, la titularidad del derecho de asociación puede ser de un solo individuo, pero su ejercicio efectivo es fundamentalmente colectivo.
- b) La facultad de no aceptar compulsivamente la integración (libertad de no asociarse), o de renunciar en cualquier momento a dicha integración, pese a haberla aceptado en algún momento o circunstancia (libertad de desvincularse asociativamente).
- c) No requiere ningún tipo de autorización administrativa. Al respecto, se precisa que la verificación del cumplimiento de requisitos no implica que el órgano competente autorice su funcionamiento, sino que supervisa el correcto desempeño del derecho de acuerdo a ley.
- d) Este derecho supone una concretización de cierta permanencia o continuidad en el tiempo, lo que permite distinguirla de supuestos similares pero distintos como el planteado por el derecho de reunión (que más bien requiere un desarrollo episódico o circunstancial).
- e) El derecho de asociación no se condiciona a un objetivo particular lo

que admite cualquier tipo de finalidad (incluso de índole lucrativa). Por tanto, no se limita únicamente a la concepción privada de “asociación”, en razón de la Constitución histórica y la comprensión de este derecho a la luz de los tratados sobre el particular.

■ Finalidad del ~

Este derecho tiene un papel esencial en las democracias modernas, que pretenden el pluralismo, pues expresa la posibilidad de las personas de trascender sus meros intereses individuales y, ante intereses que trascienden lo estrictamente personal, constituir una entidad encaminada a perseguir unos fines comunes con otros individuos.

En ese sentido, el ejercicio de este derecho permite que se genere un sentimiento de pertinencia a un determinado colectivo, lo que puede derivar en, último término, en un “sentimiento cívico”, con una participación directa en la toma de decisiones en los grupos a los cuales pertenecen, lo que genera la creación del denominado “capital social”.

En conclusión, la idea que subyace a este derecho es fomentar la participación, mediante la creación de formas asociativas, al identificar intereses comunes que llevan a la consecución de un objetivo común (de distinta índole, incluso lucrativo o no lucrativo) para crear un sujeto distinto como “centro de imputación de derechos y deberes” que tenga un determinado accionar en la sociedad.

■ Límites del ~

Ante dicho contenido, se han generado algunos posibles abusos de este derecho configurados frente a la asociación o ante sus miembros, según el caso, ante el incumplimiento de los estatutos o demás normativa interna de la entidad, la existencia de los denominados “monopolios asociativos”, y la infracción de derechos fundamentales al interior de las entidades constituidas como producto del ejercicio de este derecho, prioritariamente el derecho de igualdad o el derecho al debido proceso (incluso, en este último caso, ante la aplicación de potestades disciplinarias).

Un debate que se ha generado en el marco del ejercicio de este derecho es si es posible controlar el funcionamiento de una determinada asociación. En general, este derecho y su contenido descartan que el Estado pueda imponer un determinado modelo de organización interna, aunque fuera uno que pueda calificarse como “democrático”.

Lo que sí se ha entendido como susceptible de control es la licitud de los fines que persigue una determinada asociación. Sin embargo, al tratarse de un derecho fundamental, este control debe tener alcances restrictivos y, por ello, solo puede generar limitaciones válidas ante una posible contraposición con otro derecho fundamental o del mismo derecho fundamental pero de otra persona, que se ve vulnerado en mayor medida que el control de licitud permite la realización del derecho de asociación. Incluso, desde algunas perspectivas más restrictivas, se plantea que este control solo se efectúe ante

supuestos muy específicos, esto es de a) ser necesario para preservar otros derechos del mismo rango; b) ser necesario para el igual goce del mismo derecho por otras personas; y c) la limitación se desprenda expresamente de un mandato constitucional.

No obstante lo antes expuesto, se formulan precisiones al respecto en función de los fines de la asociación, que faculta a una eventual imposición de pautas democráticas en el caso de asociaciones que representan intereses sociales ante las instancias públicas, a favor de su representación (como los partidos políticos, ver al respecto la voz “Organizaciones políticas”).

■ Bibliografía consultada

- **CARBONELL, Miguel.** “La libertad de asociación y de reunión en México”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006. Sitio web: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr9.pdf>> [Consulta: 26 de octubre de 2011].
- **VON MÜNCH, Ingo, FERRER I RIBA, Josep y SALVADOR CORDECH, Pablo.** *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid, Civitas, 1997.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

Desde un punto de visto semántico, la conciencia está referida a la capacidad de entendimiento integral de las cosas. El desarrollo de este entendimiento tiene dimensiones filosóficas, psicológicas, teológicas y morales, por lo que supone un concepto denso. Se considera que la

referida conciencia trabaja con un cúmulo de ideas, que le permiten al sujeto percibirse asimismo y al mundo y además poder percibir lo que es correcto. Desde un enfoque jurídico, podemos reseñar que estas ideas integradas (conciencia), les permiten a las personas elaborar su propio esquema teórico de las cosas, y tener así una manera de asumir el mundo y una actitud para abordarlo, reflejándose en convicciones intelectuales, morales y religiosas para conducirse en la sociedad.

El derecho a la libertad de conciencia está expresamente reconocido en el artículo 2, inciso 3 de la Constitución peruana de 1993. En consonancia con lo señalado, este derecho a la libertad de conciencia permite desplegar nuestras convicciones personales en la esfera pública y privada, en la medida en que no afecten los derechos que tienen otras personas en el mismo sentido. Podemos decir que la libertad de conciencia, supone el derecho de toda persona de formarse su propia conciencia, sin injerencias arbitrarias e intromisiones de ningún tipo, lo que implica que en el transcurrir de su vida personal, uno pueda formar sus propios criterios y valores, así como distintos juicios respecto de las cosas. La Constitución garantiza que el Estado defienda esta autonomía personal que tenemos todos para formar nuestra conciencia sin imposición o perturbación de ningún tipo, es decir, protege la plena libertad de ideas.

Desde su génesis, la libertad de conciencia fue entendida como un derecho fundamental, relacionado a los derechos de libertad de culto y no persecución de las ideas religiosas. De hecho, los primeros textos constitucionales del Perú y el

mundo hacían mención conjunta de los llamados derecho a la libertad de conciencia y no persecución en razón de las ideas religiosas. Ello tiene sentido en un primer momento, dado los perniciosos conflictos religiosos de Europa premoderna, así como la compleja relación Estado e Iglesia, por lo que el liberalismo independentista de fines del siglo XVIII, postuló dichas garantías de forma conjunta. Así, por ejemplo, John Locke, defendió la libertad de conciencia y culto, en la medida que ello nos permitiría coexistir pacíficamente respetando las creencias y convicciones del otro, aplicando el Principio de la Tolerancia. Sin embargo, pese a su conexidad, la libertad de conciencia es autónoma al de religión, como se puede constatar del distinto desarrollo progresivo que han tenido en el tiempo. Así, mientras el derecho a la libertad religiosa ha tenido una perspectiva limitada dada la prolongada confesionalidad católica que tuvo el Estado, la libertad de conciencia tiene giros más fecundos dado que es más amplio y dinámico, pues extiende su protección a todo tipo de ideas vitales, superando el cariz netamente religioso. Por tanto, la mentada relación entre libertad de conciencia y libertad de religión, es un tipo de relación de género a especie.

De otro lado, el derecho a la libertad de conciencia también se encuentra intrínsecamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la identidad. La jurisprudencia constitucional peruana ha hecho hincapié de ello, resaltando que las convicciones del individuo en distintos planos –políticos, morales, sociales–, le permiten alcanzar su desarrollo integral (personalidad) así como individualizarse y distinguirse frente al resto (identidad). En esa línea jurisprudencial,

un contenido importante que se desprende del derecho a la libertad de conciencia es la *objección de conciencia*, que le brinda al individuo la protección para obrar de forma consecuente con los imperativos que lo guían y forman su conciencia, como un derecho implícito.

🔗 Véase también: Libertad religiosa.

Bibliografía consultada

- **RUBIO CORREA, Marcial y otros.** *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.
- **LOCKE, John.** *Carta sobre la Tolerancia.* Mestas, Madrid, 2001.
- **LEXUS.** *Diccionario Enciclopédico.* Trébol, Barcelona, 1997.

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Existen determinadas libertades económicas que garantizan el régimen económico previsto en nuestra Constitución. Una de estas libertades económicas es el derecho a la libre contratación. El Tribunal Constitucional ha señalado, en reiterada jurisprudencia, que este derecho se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público (artículo 2 numeral 14 de la Constitución).

Asimismo, la libertad de contratación está compuesta por otras dos libertades, esto es, la libertad de contratar y la libertad contractual.

- *Libertad de contratar:* Este derecho, llamado también libertad de conclusión, alude a la autodeterminación que tiene toda persona para decidir o no la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante, esto es, determinar con quién se contrata.
- *Libertad contractual:* Este derecho, llamado también libertad de configuración interna, alude a la autodeterminación que tiene toda persona para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

De otro lado, si bien el artículo 62 de la Constitución establece que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicha disposición necesariamente debe interpretarse en concordancia con el artículo 2, inciso 14 del mismo texto normativo, que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

En este orden de ideas, es necesaria una lectura sistemática de la Constitución que permita considerar que el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances, incluso, no solo por límites explícitos, sino también implícitos. Así, límites explícitos a la contratación, conforme al artículo 62 de

la constitución, son la licitud como objetivo de todo contrato y el respeto a las normas de orden público. Límites implícitos, en cambio, serían las restricciones del derecho de contratación frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos.

De otro lado, el derecho a la libertad de contratación también se haya regulado por el fenómeno de la contratación en masa, en donde la intervención del Estado se justifica para conseguir el equilibrio de intereses y reducir la asimetría de la información entre los contratantes.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA

Derecho consagrado por el artículo 59 de la Constitución, que se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. En ese sentido, se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que deseen o prefieran desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción personal.

En nuestro ordenamiento, el modelo económico social de mercado es el fundamento de su actuación; y, simultáneamente, le impondrá límites. En consecuencia, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley, siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente; y su ejercicio deberá respetar los diversos

derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce. (STC Exp. N° 1535-2006-PA/TC).

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC), que la expresión “empresa” alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios; y, entre sus elementos constitutivos, se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo. En ese sentido, la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual, a su vez, es una manifestación del derecho fundamental al trabajo.

El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales configuran el ámbito de protección de este derecho.

- *Libertad de creación de empresa y de acceso al mercado:* significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- *Libertad de organización:* contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- *Libertad de competencia:* las empresas tienen expedido el camino para participar o concurrir libremente en el mercado, y adoptar los mecanismos más idóneos para
- *Libertad para cesar las actividades:* en virtud de esta libertad quien haya creado una empresa puede disponer el cierre o la cesación de sus actividades cuando lo considere más oportuno.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC) que la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La libertad de comercio consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

DERECHO A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN

El derecho a la libertad religiosa, reconocido en el artículo 2, inciso 3 de nuestra Constitución, garantiza a todas las personas la autodeterminación de acuerdo con sus convicciones religiosas y la puesta en práctica de dichas creencias en la vida social. De ahí que el común de la doctrina coincide en identificar, como contenido de este derecho, tanto un ámbito interno (la creencia en el fuero interior) así como externo (el culto propiamente dicho), y en este último caso, una faceta tanto individual como colectiva (es el caso, por ejemplo, de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas).

Las manifestaciones de la libertad religiosa a que da lugar esta clasificación son tan variadas como complejas, y comprenden: a) el derecho a profesar la creencia religiosa propia; b) el derecho de abstenerse a profesar religión alguna; c) la facultad para poder cambiar de religión; y d) la potestad de hacer pública o reservar la religión asumida. Cabe señalar que estas y otras posiciones iusfundamentales han sido desarrolladas, a nivel infraconstitucional, por la reciente Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa.

Además, y al igual que otros derechos, el de libertad religiosa comporta una doble dimensión, de cara al sujeto pasivo de la relación obligacional: en primer lugar, una dimensión negativa, pues prohíbe injerencias por parte del Estado o de particulares en el ejercicio del derecho; y en segundo lugar, una dimensión positiva, la cual reclama del Estado adoptar las medidas que sean necesarias para hacer posible dicho ejercicio (en el mismo sentido, STC Exp. N° 0256-2003-HC/TC).

■ ~ y libertad de culto

Como se dijera antes, la dimensión externa de la libertad religiosa suele llamarse también “libertad de culto”, que supone la exteriorización de la creencia religiosa a través de las prácticas y ritos propios del credo asumido. La libertad de culto es, pues, la “manifestación social” de la libertad religiosa, y abarca aspectos tan diversos como actos de adoración o veneración, uso de vestimentas especiales, construcción de templos, exhibición de símbolos religiosos, celebración de ceremonias y fiestas religiosas, entre otros.

■ Límites al ~

Sin embargo, la Constitución establece varios límites a la libertad religiosa, particularmente en su dimensión de libertad de culto, que son “la moral y el orden público” (artículo 2, inciso 3), a lo que cabe agregar los supuestos de “seguridad, salud y derechos de los demás”, a que hace alusión el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos límites, si bien están formulados de un modo bastante abstracto, significan en lo fundamental que el ejercicio de la libertad religiosa no puede consentir la realización de prácticas que afecten los derechos de los demás, evaluación que en algunos casos sugerirá aplicar el *test* de proporcionalidad.

■ Principios en torno al ~ reconocidos por el Tribunal Constitucional

Del propio contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa, el Tribunal Constitucional ha extraído algunos principios rectores, que son los siguientes: a) el principio de inmunidad de acción, por el cual ninguna persona puede ser obligada a actuar en contra de sus convicciones religiosas (lo que alcanza al ateo y al agnóstico); b) el principio de no discriminación, vale decir, la prohibición de distinciones en materia religiosa carentes de base objetiva y razonable (lo cual tiene reconocimiento expreso en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución); y c) el principio de incompetencia recíproca, que supone trazar una línea de separación mutua entre las competencias del Estado

y las Iglesias, impidiendo las interferencias (STC Exp. N° 03283-2003-AA/TC).

■ Relaciones entre Estado y ~

Ver: Estado laico, neutro y aconfesional.

■ Bibliografía consultada

- **RUIZ MIGUEL, Alfonso:** “Para una interpretación laica de la Constitución”. En: RUIZ MIGUEL, Alfonso y NAVARRO-VALLS, Rafael. *Laicismo y Constitución*. Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, Madrid, 2009.
- **MOSQUERA MONELOS, Susana:** *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico europeo*. Universidad de Piura, Piura, 2005.

DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN

Garantiza el derecho de toda persona a reunirse pacíficamente sin armas en locales privados o abiertos al público sin aviso previo. En el caso que la reunión se convoque en plazas y vías públicas, se requiere de un anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas (artículo 2, inciso 12 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC) ha interpretado que este derecho garantiza que toda persona pueda congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar

libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes. Asimismo, reconoce la estrecha relación y vinculación recíproca que existe entre la libertad de reunión y la libertad de expresión.

Los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser “probados”. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas.

En cuanto al contenido constitucionalmente protegido de la libertad de reunión, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho viene configurado por la conjunción de una serie de elementos:

- *Subjetivo*: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero solo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Lo ejercita una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el artículo 2, inciso 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad.
- *Temporal*: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite

distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el artículo 2, inciso 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo.

- *Finalista*: Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no solo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios de cómo este pretende ser alcanzado.
- *Real o espacial*: Este derecho se ejerce en un lugar de celebración concreto. Estos lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas. La selección del lugar en el que se lleve a cabo la congregación es vital para el libre ejercicio del Derecho, puesto que muchas veces este solo puede alcanzar su propósito en atención a la proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, loas, etc.
- *Eficacia inmediata*: el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio.

Finalmente, el ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Así, la seguridad pública prevista en el artículo 2 inciso 12 de la Constitución constituye un límite del derecho de

reunión, tanto respecto de la seguridad ciudadana, como la seguridad nacional. Asimismo, en el ámbito de la sanidad pública, a la que hace alusión la Constitución, debe incorporarse la protección de la salud pública, en los concretos alcances que vengan justificados por las circunstancias específicas de cada caso. Y, finalmente, a partir de una interpretación sistemática de los preceptos internos e internacionales sobre la materia, queda claro que los límites susceptibles de oponerse al derecho de reunión alcanzan a las razones de orden público y al respeto de los derechos y libertades fundamentales de terceros.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal alude, básicamente, a la libertad individual, física o corporal. Garantiza que toda persona pueda movilizarse sin coacciones, restricciones o amenazas ilegales. De esta manera, su contenido protegido se encuentra estrechamente vinculado a otros derechos como son la integridad física y la libertad de tránsito.

Ahora bien, un sector de la doctrina discute si la libertad personal debe diferenciarse de la libertad individual, asimismo, si esta solo protege un ámbito físico o más bien uno más amplio. Al respecto, independientemente de estas propuestas, el ordenamiento constitucional e internacional más bien permite afirmar que estas libertades aluden a la protección de la libertad física.

En efecto, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución hace referencia a la “libertad y seguridad personales”, y su contenido alude principalmente al ámbito

físico de la libertad humana, proscribiendo toda forma de intervención arbitraria o de violencia sobre la corporalidad de las personas. Por su parte, el artículo 200, inciso 1 de la Carta señala que el hábeas corpus procede frente a trasgresiones o amenazas al derecho a la “libertad individual” y, como se sabe, el objeto inicialmente protegido por el proceso de hábeas corpus es la dimensión corpórea de la libertad.

Además de ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 7 se refiere a la “libertad personal”, reconociendo “el derecho a la libertad y a la seguridad personales”, y prescribiendo que nadie “puede ser privado de su libertad física (...)” ni “sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, entre otras prohibiciones y garantías referidas a la detención personal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de lo señalado en la Convención Americana y con mayor claridad aun, precisa con acierto que la “libertad personal” queda circunscrita a la dimensión física y es diferente a la libertad en sentido general, como podría interpretarse equívocamente (caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007).

El Tribunal Constitucional, en la misma línea, ha señalado que la libertad personal “garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias” (STC Exp. N° 1091-2002-HC/TC). Y, en general, sobre la libertad individual, ha considerado que se refiere a la protección frente a privaciones injustificadas de la “libertad física o

ambulatoria" (STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC) o a "la indemnidad frente a injerencias ilegales o arbitrarias" (STC Exp. N° 07039-2005-PHC/TC), y ha precisado además que su trasgresión "también se produce cuando se presentan circunstancias tales como la restricción, la alteración o alguna forma de amenaza al ejercicio del referido derecho; asimismo, cuando a pesar de existir fundamentos legales para la privación de la libertad, esta se ve agravada ilegítimamente en su forma o condición; o cuando se produce una desaparición forzada, etc." (STC Exp. N° 2663-2003-HC/TC).

De esta forma, no obstante utilizarse los distintos nombres, lo que se busca es proteger la libertad física bajo los nombres de libertad personal o individual. Señalado esto, estas libertades (personal o individual) no deben confundirse con la "libertad natural", eso es, libertad humana en sentido amplio, o con la "libertad general de acción", es decir, la libertad para hacer todo aquello que no se encuentra legítimamente prohibido.

Bibliografía consultada

- **CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María.** *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- **GARCÍA MORILLO, Joaquín.** *Derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad).* Tirant lo Blanch - Universitat de València, Valencia, 1995.
- **SOSA SACIO, Juan Manuel.** "Libertad personal y los denominados derechos conexos". En: *Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho.* Juan Manuel Sosa (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

Es un derecho fundamental de los trabajadores y empleadores que garantiza su autonomía para afiliarse y constituir, sin autorización previa, organizaciones sindicales, afiliarse o desafiliarse voluntariamente de ellas y desarrollar, sin injerencias, actividades para la protección de sus derechos y consecución de sus intereses.

La libertad sindical es objeto de reconocimiento internacional en distintas cartas internacionales de derechos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16), pero es el Convenio 87 de la OIT de 1948 el primer documento más acabado sobre la materia y donde se reglamenta el ejercicio del derecho fundamental; y, constituye, conjuntamente con el Convenio N° 98 del año 1949, los principales instrumentos de protección internacional. Es interesante para la delimitación de este derecho colectivo, que el artículo 2 del citado Convenio 87 no restringe el ejercicio de la libertad sindical únicamente a los trabajadores, sino que además lo extiende a los empleadores. El citado artículo reza que: "Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes (...)". En el ámbito nacional, el derecho a la libertad sindical se encuentra consagrado expresamente en nuestra Constitución en el artículo 28 que prescribe que: "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y

huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical”.

El contenido del derecho a la libertad sindical se manifiesta en el ámbito de dos dimensiones: Una “dimensión individual” que implica al trabajador como persona individual y una “dimensión plural” que compromete a los trabajadores como grupo (sindicato). Ambas dimensiones han sido delimitadas por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0008-2005-PI (Fundamentos Jurídicos 26, 27 y 28).

■ Dimensión individual (*intuitio personae*) del ~

Comprende el derecho a constituir organizaciones sindicales, sin autorización previa, o a afiliarse a los ya constituidos sin más restricciones que la observancia de la normativa interna de la organización (faceta positiva); también implica el derecho a no afiliarse o a desafiliarse de una corporación sindical (faceta negativa).

En principio, el goce del derecho de la libertad sindical es de alcance universal y se extiende a todas las personas sin distinción de alguna clase, aunque cabe mencionar que tanto el Convenio 87 como nuestra Constitución aceptan limitaciones tratándose de trabajadores del Sector Público. Nuestra Constitución en sus artículos 42 y 153, excluye del ejercicio del derecho de sindicación a los funcionarios públicos con poder de decisión, los que desempeñen cargos de confianza y dirección, los miembros de las fuerzas armadas y policiales, y los jueces y fiscales.

■ Dimensión plural del ~

Abarca la “libertad de organización” y la “libertad de actividad” de la corporación sindical. La “libertad de organización” garantiza que un sindicato pueda asociarse con otros sindicatos, formando corporaciones de nivel superior como las federaciones o las confederaciones, sean en el ámbito de una empresa, de una rama de actividad, de una profesión u oficio, de gremios, etc. Y la “libertad de actividad” protege a la organización sindical de interferencias, del Estado o de los particulares, que obstaculicen los objetivos del sindicato, por eso está protegido de una autonomía que garantiza el autogobierno para normarse, gestionar y dirigir sus asuntos, así como una protección especial para sus dirigentes para que no sean objetos de actos represivos. Asimismo, se confiere plena libertad, en el marco de la legalidad, para planificar sus acciones como la huelga u otros planes para el alcance de sus intereses.

■ Bibliografía consultada

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general*. OIT, Ginebra, 1994.

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El derecho fundamental a la participación política es una garantía constitucional que reconoce nuestra libre potestad para poder intervenir en política, o dicho de otro modo, de involucrarse en

los asuntos públicos de la Nación; sea de forma independiente o en asociación con otros individuos. Su reconocimiento en el artículo 2, inciso 17 de la Constitución de 1993, se da de manera conjunta con los derechos de participación en la vida económica, social y cultural de la Nación. Esto es así porque todas estas dimensiones están implicadas en el desarrollo que tenemos como sociedad. Por ello, la participación política esta intrínsecamente relacionada a dichos ámbitos, pues su ejercicio puede condicionar cualquiera de los aspectos de nuestra vida en común; sea el mercado, el tejido social o las actividades artísticas y recreativas. Así, el derecho a la participación política, es quizá el aspecto más especializado de todas estas dimensiones, y a la vez el que mejor resume la participación en la vida pública.

El derecho a la participación política supone la facultad de las personas para intervenir en la formación de la voluntad estatal y en los órganos e instituciones del Estado, lo que comprende además *el derecho a elegir y ser elegido*, así como a recurrir a mecanismos de *participación directa* como la remoción o revocación de autoridades, la iniciativa legislativa y referéndum. Es bueno resaltar que estos *derechos políticos* mencionados también se encuentran explícitamente reconocidos en el texto del artículo 2, inciso 17 de la Constitución, en virtud del derecho a la participación política. La importancia de la incorporación de estos mecanismos de democracia directa a nivel constitucional, radica en que revalidan en la práctica el ejercicio democrático, facilitando la labor de la judicatura y del ordenamiento en general, para garantizar procedimientos de participación ciudadana.

Al respecto, si bien los derechos de participación electoral, de organización partidaria, así como el marco constitucional para los distintos mecanismos de participación directa merecen mayor desarrollo en el artículo 30 de la Constitución y en adelante; es claro que dichas normas referidas al ejercicio ciudadano tienen su primer reconocimiento en el derecho a la participación política. Ello en la medida que tanto el principio democrático como el principio de igualdad que subyacen al derecho del artículo 2, inciso 17 también son específicamente aplicados en estos casos. Así, mientras el principio democrático, supone la inserción misma de la ciudadanía en la ejecución y control del poder; el principio de igualdad y no discriminación, se encarga de poner en igualdad de condiciones a todos para participar en la vida política y democrática de la nación.

Conforme a lo mencionado, el derecho a la participación política puede ser entendido en el sentido más amplio como un derecho general a la participación ciudadana, que sirve de sustento al mismo sistema democrático. Más aún si consideramos que el ejercicio político de los ciudadanos ha sido la fortaleza de las democracias, primero para constituirse, luego para amplificarse, o finalmente para corregirse. Como señala Gargarella, muchos derechos de contenido político y de pleno ejercicio ciudadano son una clase de derechos primeros. Cuanto más restringimos el campo del libre ejercicio político y su crítica más ponemos en riesgo la estructura misma de los derechos constitucionales. En conclusión, el derecho a la participación política supone una libre intervención en los asuntos públicos y la vida en común de las personas, así como en procesos de

decisión en forma igualitaria y social; lo que comprende a su vez, la garantía de desarrollo de los derechos políticos y de ejercicios ciudadanos referidos en la propia Constitución y en la normativa legal correspondiente.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *La Constitución Comentada artículo por artículo* (Editor, Walter Gutiérrez). Gaceta Jurídica - Congreso de la República, Lima, 2005.
 - **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *Constitución y Procesos Constitucionales. Estudio Introductorio, legislación, jurisprudencia e índices.* Segunda edición. Palestra Editores, Lima, 2006.
 - **GARGARELLA, Roberto.** *El derecho a la protesta, el primer derecho.* Buenos Aires: Ad-hoc, Buenos Aires, 2005.
 - **RUBIO CORREA, Marcial y otros.** *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010.
- **Voces relacionadas:** Democracia, Ciudadanía.

DERECHO A LA PENSIÓN

Derecho fundamental reconocido en el artículo 10 de la Constitución que señala que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho a la pensión constituye una concreción del derecho a la vida, en su sentido material; y se funda en la protección de la dignidad de la persona humana, consagrado

en el artículo 1 de la Constitución. Asimismo, se ha interpretado que el derecho a la pensión es un derecho que tiene la naturaleza de un derecho social de contenido económico e impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar prestaciones adecuadas a las personas, en función de criterios objetivos determinados legislativamente.

La Constitución prevé que el Estado garantice el libre acceso a la pensión, a través de entidades públicas, privadas o mixtas, supervisando su eficaz funcionamiento (artículo 11 de la Constitución). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la seguridad social es una garantía institucional que expresa, por excelencia, la función social del Estado (STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros).

Al ser un derecho de configuración legal, la ley se constituye como una fuente normativa vital para delimitar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho y dotarle de plena eficacia. Sin embargo, no todas las disposiciones de la legislación ordinaria que regulan la materia previsional dotan de contenido esencial al derecho a la pensión, sino solo aquellas disposiciones legales que lo desarrollan de manera directa y comprometen: (a) el derecho de acceder a una pensión, (b) el derecho a no ser arbitrariamente privado de ella; y (c) el derecho a una pensión mínima vital. Por el contrario, no forman parte del contenido esencial de este derecho las condiciones indirectas relativas al goce efectivo de determinadas prestaciones, como por ejemplo, asuntos relacionados al monto de la pensión (en la medida en que no se comprometa el mínimo vital), topes, mecanismos de reajuste, entre otros (STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros).

Esta distinción entre el contenido esencial y no esencial del derecho a la pensión ha permitido al Tribunal Constitucional peruano definir cuál es el ámbito de protección de este derecho a través del proceso de amparo (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC). En efecto, se ha precisado que solo la vulneración de su contenido esencial podrá ser alegada válidamente pues, en los demás casos, la demanda será declarada improcedente en aplicación del artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional.

DERECHO A LA PROPIEDAD

Este derecho ha sido reconocido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, y es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. En esa medida, la persona que es propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Este derecho corresponde, por naturaleza, a todas las personas naturales y jurídicas; quedando habilitados para usar y disponer autodeterminativamente sus bienes y los frutos de estos, así como también transmitirlos (por compraventa, donación, herencia, aporte de constitución, etc.). Tal como está configurado, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa.

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el Derecho Civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el Derecho Constitucional la propiedad no queda restringida en el marco del dominio de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC).

De otro lado, el ejercicio de la propiedad no es irrestricto ni absoluto, pues tiene limitaciones siendo estas: el bien común y la ley. La referencia al bien común establecida en el artículo 70 de la Constitución es la que permite reconocer la función social que nuestro ordenamiento jurídico le reserva a la propiedad. Así, el derecho del propietario no se agota en generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. De conformidad con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. En ese sentido, en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común.

Por otra parte, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales. Así, la Constitución admite

expresamente que se dicten leyes que limiten o restrinjan la manera como el propietario ejercita su derecho. Por ejemplo, tenemos que en materia de propiedad predial, el Código Civil contiene todo un Subcapítulo (artículos 959 al 964) que establece limitaciones por razón de vecindad. De igual modo, en materia urbanística la propiedad predial está sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión.

Finalmente el Tribunal Constitucional ha señalado que nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional para el desarrollo económico (reconocimiento de su función social) (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC).

DERECHO A LA RENTA BÁSICA

La noción de “renta básica” es conocida con diversos nombres (subsidio universal, mínimo vital, ingreso ciudadano, etc.) y alude al pago realizado por el Estado a todo ciudadano por tener esa sola condición, independientemente de su condición social o económica, o de sus ingresos adicionales. De esta manera, se le plantea como un derecho al que debe acceder todo integrante de la comunidad política.

Esta propuesta de renta universal viene siendo defendida sobre todo por posiciones de izquierda y republicanas, con la finalidad de que se asegure un ingreso mínimo existencial que asegure el bienestar básico y la autonomía de cada persona, teniendo en cuenta, además, que las sociedades cuentan con recursos para ello.

Frente a las múltiples críticas que se han efectuado, se ha explicado que la renta básica reporta varias ventajas. Por ejemplo, frente a crítica de que es financieramente inviable, se señala que, por el contrario, esta renta permite contar con mayores recursos y más eficientemente administrados debido a la desburocratización estatal y la disminución de la corrupción. La desburocratización del Estado al tratarse ocurre porque se trata de un derecho directamente asignable, sin intermediarios ni dependencias; y la lucha contra la corrupción porque al ser un derecho irrenunciable e indisponible no está sujeto a la discreción estatal, clientelismos o prebendas.

De otra parte, al igual que otros prestaciones, si bien la renta básica es concebida como un derecho de todos, ello no implica que todos vayan a acceder voluntariamente a esta (como sucede, por ejemplo, con la salud y la educación públicas); de esta forma, no sería cierto que la renta básica refuerza las diferencias o es injusta debido a que la recibe tanto quienes tienen carencias como quienes no. Asimismo, ya que aunque se reciba este ingreso mínimo es posible seguir generando riqueza, su presencia no tendría por qué cortar la iniciativa privada para hacer empresa y acumular capital, que es otra de las principales objeciones.

Finalmente, se ha explicado que la renta básica, se diferencia de la mayoría de programas asistenciales, porque respeta y maximiza la capacidad de decidir de los destinatarios, pues al tratarse de un pago en dinero serán los propios ciudadanos quienes decidan cómo gastarlo, de acuerdo a sus proyectos de vida personales. De esta manera, el Estado ceja en su rol paternalista y hasta perfeccionista inherente a su rol asistencial (al decidir

qué es lo mejor para sus ciudadanos, en especial los más desvalidos), siendo más bien los propios beneficiarios quienes adquieren protagonismo, haciéndose artífices de sus propios destinos.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*. Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (editores). Trotta, Madrid, 2006.
- **AA.VV.** *Revista Internacional de Filosofía Política*. N° 19, UAM-UNED, Madrid, 2002.

DERECHO A LA SALUD

En el ámbito universal de protección de los derechos humanos, el derecho a la salud ha sido recogido en el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el ámbito regional, este derecho se ha regulado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 conocido como Protocolo de San Salvador (artículo 10). Por su parte, la delimitación de su contenido y obligaciones ha sido efectuada a través de la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En nuestro país, la Constitución de 1993 ha reconocido el derecho a la protección de la salud en su artículo 7, donde además ha reconocido la protección especial para personas con capacidades especiales. Por otro lado, en su artículo 9 ha encargado en el Estado el deber de desarrollar

y dirigir la política nacional de salud, en una forma que brinde a todas las personas acceso equitativo a la salud.

Aun cuando el reconocimiento del derecho a la salud se encontraba previsto en la propia Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no reconoció desde un inicio su carácter constitucionalmente autónomo, evolucionado a través de cuatro estadios: a) en primer lugar, en el caso *Juan Islas Trinidad y otros* o caso del *Penal de Challapalca*, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona (STC Exp. N° 1429-2002-HC/TC); b) en segundo lugar, en el caso *Azanca Alhelí Meza García* la salud es apreciada desde la óptica de los y se considera que su carácter de fundamental solo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida (STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC); c) luego, en el caso *José Luis Correa Condori*, se dijo que dicha relación con otros derechos no era el que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba (STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC); y d) finalmente, en el caso *Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi*, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho (STC Exp. N° 5842-2006-PHC/TC).

■ Precisión semántica sobre el ~

Es necesario destacar que la alocución misma de “derecho a la salud” ha sido discutida como una expresión válida para representar el contenido de este derecho. Así, se ha

dicho que no se puede poseer un derecho “a la salud”, pues nadie puede tener derecho a que le garanticen un estado que depende muchas veces de hechos fortuitos. Sin embargo, el propio Comité de DESC ha resuelto este cuestionamiento afirmando que “el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano”, pues “el Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano”, por lo que el derecho a la salud debe entenderse como “un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (OG. N° 14, párrafo 9). Por otro lado, tampoco es apropiado utilizar las expresiones “derecho a la atención de salud” o “derecho a la protección de salud”. En el primero de los casos, la atención de salud no puede homologarse al “derecho a la salud”, pues aquella comprende solo una de las dimensiones del derecho, que es la referida a la prestación sanitaria. Así lo ha reconocido expresamente la OG N° 14, en su párrafo 4, al señalar que “la referencia al más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones

sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”. Con relación a la expresión “derecho a la protección de salud”, esta también resulta impropia y puede llevar a confusión, pues en el marco de las obligaciones genéricas que le corresponde cumplir al Estado en materia de derechos humanos, la obligación de *proteger* representa solo una de ellas y hace referencia solamente a las medidas que el Estado debe adoptar para no permitir la violación del derecho por parte de terceros. Como puede verse en el caso específico del derecho a la salud, la OG N° 14 recoge en sus acápites 34, 36 y 37, además de la obligación de proteger, las obligaciones de *respetar* y de *cumplir* (la cual incluye a su vez las obligaciones de *satisfacer* y de *facilitar*).

■ Definición de salud y ~

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Carta de Constitución lanzó una definición de “salud” que, si bien se apartó de tradicionales entendimientos de esta como un estado de ausencia de enfermedades, también trajo algunas complicaciones, en tanto incluyó en la misma no solo el completo estado de bienestar físico y mental, sino también un “estado de bienestar social”. El problema que plantea incluir el estado de bienestar social dentro del concepto de salud –a efectos de la definición del derecho a la salud– reside según la doctrina en el tratamiento de aspectos sociales relacionados con la salud bajo parámetros médicos, cuando dichos aspectos requieren de perspectivas que muchas veces están más allá

de la profesión médica. La definición lanzada por la OMS si bien ha sido recogida por algunos documentos internacionales como el Protocolo de San Salvador, donde en el artículo 10 se establece que: "Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social", en general, en la mayoría de documentos solo se hace mención a la salud física y mental, excluyendo el "bienestar social". Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso del Pidesc que en su artículo 12 solo recoge la referencia al "derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Al respecto, la OG N° 14 en su cuarto párrafo ha establecido que el concepto del derecho a la salud recogido por el Pidesc no incluye el bienestar social recogido en la Constitución de la OMS; lo cual sin embargo, no obsta reconocer la amplia gama de condiciones socioeconómicas que determinan la salud de la población como factores importantes en la consideración de este derecho.

Al margen de esta discusión, es evidente que el concepto de salud debe incluir tanto los elementos físicos como los psíquicos, y, de algún modo, también los sociales, aun cuando estos últimos pueden relacionarse más con factores determinantes de la salud que con el propio estado de bienestar que implica este concepto. En el caso de los elementos físicos y psíquicos, es obvio que los afecciones sufridas en el cuerpo o soma pueden incidir en el normal funcionamiento del aparato psíquico, así como los problemas y trastornos mentales pueden influir en la salud

física y ser causa también de algunas enfermedades orgánicas; por lo que, su interdependencia en la atención de salud es un elemento fundamental de una visión integral del derecho a la salud. Del mismo modo, la exposición a ciertas condiciones sociales, económicas y culturales, tales como la pobreza, la inequidad, la exclusión social y la discriminación por motivos de raza, género, discapacidad, entre otras, así como las diversas formas de violencia, desde la familiar hasta la política, son factores determinantes que inciden en la salud física y mental de las personas.

■ **Salud pública y ~ familiar y comunitaria**

Por último, y tal y como se enuncia en la Constitución de 1993, el derecho a la salud incorpora no solo una dimensión personal, sino también familiar y comunitaria. Ello hace alusión a que en la protección del derecho a la salud, no solo debe atenderse a la interdependencia entre las dimensiones físicas y psíquicas (y también sociales) de la salud, o a la interdependencia entre los distintos derechos fundamentales para el goce efectivo del derecho a la salud, sino también a la interdependencia entre el ámbito personal, el familiar y el comunitario para un adecuado disfrute de todas las personas del derecho a la salud. Dicho reconocimiento guarda relación con otro aspecto crucial en una comprensión cabal de este derecho, que es el referido a los aspectos de prevención y educación en la protección de la salud, situación vinculada

además con la necesidad de mirar a las dimensiones colectivas en la formación del buen estado de salud de las personas o, lo que es lo mismo, a la necesidad de considerar un concepto de “salud pública” en la definición misma del derecho a la salud.

■ Elementos esenciales del ~

Uno de los puntos centrales tratados en la OG N° 14 es el relativo a los elementos esenciales que deben estar presentes en todo bien, servicio o política que se implemente con el objeto de dar plena satisfacción al derecho a la salud. Estos elementos que, en la Observación General, son presentados como obligaciones del Estado a tener en cuenta al momento de la prestación de los bienes o servicios o la implementación de las políticas, pueden ser a su vez, interpretados en forma de derechos de los usuarios de los servicios de salud, en el sentido de “tener derecho a que los servicios, bienes y políticas tengan las características que se señalan a continuación”:

- a) *Disponibilidad*: constituida por la obligación de contar con centros de salud, servicios, programas y bienes suficientes para atender satisfactoriamente este derecho. Estos servicios debe incluir los factores determinantes básicos de la salud, como: agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, y medicamentos esenciales definidos como esenciales por la OMS.

- b) *Accesibilidad*: se presenta en cuatro dimensiones: i) garantía de no discriminación en el acceso; ii) *accesibilidad física y geográfica* a los establecimientos y bienes de salud; iii) *accesibilidad económica (asequibilidad)*, que implica que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance de todos, sobre todo de los grupos más desfavorecidos; y iv) acceso a la información, sobre cuestiones relacionadas con la salud.
- c) *Aceptabilidad*: referida a la adecuación de los bienes, servicios y programas a las condiciones socio-culturales de la población, así como el respeto de la ética médica, la perspectiva de género y el ciclo de vida particular.
- d) *Calidad*: característica que debe estar presente tanto en la atención médica, como en los programas de salud pública, la cualificación del personal, y el buen estado de los medicamentos y equipo hospitalario.

■ ~ mental

Aunque el derecho a la salud incorpora, como parte de su contenido, el derecho a las atenciones en salud mental, tanto los documentos internacionales como el Tribunal Constitucional peruano, han estimado conveniente especificar los componentes del derecho a la salud mental, merced a la preocupación por la situación de las personas internadas en centros de salud mental y la poca atención que ha merecido este ámbito del derecho a la salud en la política estatal. Es así que se han desarrollado los “Principios de las Naciones Unidas para la protección de las personas

con enfermedades mentales y para el mejoramiento de la Atención de Salud Mental”, aprobados por Resolución 46/119 de la Asamblea General en 1991. Algunos de los derechos y principios enunciados en la Resolución 46/119 son: a) La presencia de la atención en salud mental dentro del sistema de asistencia sanitaria y social; b) el principio de dignidad y humanidad en el trato a pacientes con alguna enfermedad mental; c) el derecho del paciente a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad; d) el principio de confidencialidad del servicio de salud mental; e) el derecho del paciente a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive; f) el derecho del paciente a ser tratado, en caso de internamiento y siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y el derecho a regresar a la comunidad lo antes posible (tratamiento comunitario); g) el derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros; h) el derecho a que la medicación responda a las necesidades fundamentales de salud del paciente y solo se le administre con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros; i) el derecho del paciente a que ningún tratamiento se disponga sin su consentimiento informado; j) el derecho del interno de un hospital psiquiátrico a ser informado acerca de sus derechos; k) el principio de que el medio ambiente y las

condiciones de vida en las instituciones psiquiátricas deben aproximarse en la mayor medida posible a las condiciones de la vida normal de las personas de edad similar; l) el derecho del paciente a no ser sometido a trabajos forzados y a elegir el trabajo que desee de acuerdo a sus necesidades y a recibir una remuneración por ello si fuera el caso; m) el principio de admisión y permanencia voluntaria en una institución psiquiátrica, salvo los casos excepcionales de pacientes involuntarios, que solo se admiten cuando el paciente pueda constituir un riesgo de daño inminente a él mismo o a terceros o cuando su capacidad de juicio está afectada y no exista un mejor tratamiento que su internamiento; n) el derecho de acceso a los tribunales para revisar o impugnar la decisión de ser considerado o no paciente voluntario; y ñ) el derecho del paciente a acceder a la información del centro psiquiátrico sobre su historial médico; entre otros.

En nuestro país, tres han sido las principales resoluciones que el Tribunal Constitucional ha emitido en materia del derecho a la salud mental. En la primera de ellas, STC Exp. N° 3081-2007-PA, el TC abordó por vez primera la fundamentación y desarrollo de este derecho. Destaca de esta sentencia, el amplio reconocimiento que hace de los tratados internacionales en esta materia y de los principios que subyacen en ellos, concluyendo que los mismos están destinados al logro de la *rehabilitación* y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la *integración social* del discapacitado con proscripción del

método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales. La segunda sentencia es la del caso *Ramón Medina Villafuerte*, donde se avanza en exhortaciones concretas respecto a dos puntos centrales: a) la implementación de un órgano de línea o unidad rectora en políticas de salud mental; y b) la inclusión de la cobertura del Seguro Integral de Salud de las enfermedades y trastornos mentales (STC Exp. N° 2480-2008-PA/TC). Por último, la sentencia del caso *Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi*. Básicamente aquí el Tribunal decide, además de exponer una serie de lineamientos sobre todo extraídos de los tratados internacionales sobre tratamiento de las personas con enfermedades mentales, declarar fundada la demanda por considerar que se ingresaron al centro psiquiátrico a menores sin el consentimiento de sus padres o tutores y de personas mayores sin su consentimiento propio; además de ordenar, con arreglo al presupuesto del Instituto, la separación de los espacios entre hombre y mujeres y entre personas mayores y adolescentes (STC Exp. N° 5842-2006-PHC/TC).

■ ~ y justicia sanitaria

En la protección y vigencia efectiva del derecho a la salud no basta con el reconocimiento positivo del derecho y con la definición amplia y detallada de su contenido, sino que es preciso que el sistema social se encuentre ordenado de modo que la

consideración de la salud tenga un papel central y exista conciencia de que la distribución de los recursos sociales debe hacerse de tal modo que se alcancen todas las exigencias derivadas de dicho derecho. Esta aseveración supone incorporar en el debate sobre el derecho a la salud elementos de filosofía moral y política, respecto a la distribución justa de recursos sociales en la sociedad. La expresión “justicia sanitaria” se define entonces como la aplicación de las concepciones de la justicia distributiva al ámbito del derecho a la salud. Las posturas acerca de la justicia sanitaria pueden agruparse del siguiente modo:

- a) *Teorías libertarianas*: La primera posición es aquella que niega el carácter de derecho a la salud, básicamente por entender que una concepción de este derecho como exigencia de atención médica es inmoral. Siguiendo la teoría de la titularidad de derechos de Robert Nozick, Tristran Engelhart refuta el reconocimiento de un derecho a la salud, por considerar que la salud pertenece a ese tipo de contingencias que pueden ubicarse dentro de una “lotería natural”, cuya responsabilidad no puede asignarse al conjunto de la sociedad de modo causal. De esta manera, constituiría una injusticia imponer los costos de un sistema sanitario a quienes no son responsables de las contingencias de salud de los demás, afectando, además con ello los derechos de los individuos a la libre elección y la propiedad.
- b) *Teoría del decent minimum*: En segundo lugar, autores como Charles Fried y Allen Buchanan, aunque con

justificaciones distintas, han propuesto la tesis del *decent minimum* como criterio para instaurar un sistema de justicia sanitaria. Basado en el derecho que los miembros de una comunidad tendrían a compartir los bienes que esta produce de modo colectivo, Charles Fried sostiene la posibilidad de que algunos *bienes sociales objetivos* puedan ser entregados a todos los individuos con el fin de asegurarles una *vida tolerable*, que se refleja en el derecho a un mínimo decente en la atención de salud. Con algunos matices, el sistema de atención minimalista que esta propuesta promueve es la que ha venido a aplicarse a partir de la década de los años noventa, sobre todo en América Latina, a través de un sistema de canasta básica de prestaciones de salud, focalizado principalmente en los sectores más necesitados.

- d) *Teoría de las capacidades y autonomía moral*: Otra propuesta para determinar, de modo objetivo, cuándo nos encontramos frente a necesidades que deberían quedar incorporadas en la lista de prestaciones que incluye el derecho a la salud es la de *capacidades* de Amartya Sen y Martha Nussbaum, para quienes las prestaciones sanitarias no solo deben proveerse en función de las necesidades de rehabilitación física de las personas, sino también de su rehabilitación psíquica y moral, pues para la formación de los proyectos de vida de cada quien la estructura intelectual y sentimental de las personas es básica. Por otro lado, desde esta perspectiva las prestaciones de salud deben ser otorgadas en función de la forma cómo las personas pueden convertir

dichas prestaciones en capacidades, esto es, cómo las prestaciones de salud pueden recuperar la capacidad física y psíquica de la persona. Esta exigencia conlleva la necesidad de brindar cuidados especiales hacia todos aquellos cuyas capacidades son dificultosamente recuperables, como es el caso de los discapacitados físicos, mentales o de pacientes con patologías crónicas severas.

- e) *Teorías comunitaristas*: Por último, hay quienes han cuestionado la asignación individual de un derecho a la salud a cada persona; ello en razón a que dicha asignación propende el reclamo individual frente a la organización planificada de los sistemas de salud y a la distribución equitativa de los recursos. Aunque esta es una tesis dirigida sobre todo a criticar la judicialización individual del derecho a la salud, la misma aporta una visión importante sobre la necesidad de brindar más atención y consideración a cuestiones como la opción por la protección de un derecho a la salud pública, por la búsqueda colectiva de decisiones en materia de políticas de salud, a través de la participación de la sociedad civil, o incluso por una estrategia colectiva de judicialización de los "a través de "acciones populares o colectivas" que busquen fiscalizar o corregir las políticas públicas en materia de salud.

■ Atención primaria en salud

Aunque históricamente, con anterioridad al siglo XIX, se entendía la salud como un bien individual, siendo su preservación una responsabilidad personal, con los grandes cambios

sociales y los avances de la medicina, el Estado adoptó responsabilidad en la protección de la salud de sus ciudadanos, y con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se recoge en sendas declaraciones internacionales a la salud como un derecho humano. En el periodo inmediatamente posterior y merced al gran auge económico que experimentaron los Estados europeos, se instauró el modelo que ha dado en llamarse Estado de bienestar, creándose modelos de atención médica integral y dirigida a todos los ciudadanos (sistemas universales). Así sucedió con el National Health Service –primer servicio nacional de salud en Europa– creado en Inglaterra en 1948. Aunque en muchos países europeos se venía recogiendo este sistema, en muchos otros se observaba una escasa cobertura de los sistemas de salud, por lo que en la Conferencia de Alma Ata realizada en 1978, se planteó el problema del acceso a los servicios de salud, y se precisó la necesidad de racionar los recursos existentes y optimizar los gastos efectuados por el sistema sanitario. De este modo, se creó el paradigma de la “Atención Primaria de Salud” (APS) basado en un sistema de “niveles de atención”, donde si bien no se descartaba la existencia de un nivel de atención especializado y complejo, los recursos debían estar mayoritariamente asignados a crear un sistema de atención cercano a la gente, de carácter básico. Con la irrupción en los años noventa de un modelo minimalista en materia de políticas sociales, la estrategia de atención en salud varió profundamente. De una propuesta de “atención primaria” basada en la universalidad e integridad

del servicio se pasa a una nueva concepción de la APS basada en la selección de algunas intervenciones y en la focalización de los programas, dirigidos a grupos de población situados en condición de extrema pobreza. Así, se habla de “atención primaria selectiva de salud” o de una atención basada en un *decent minimum*, caracterizada por la atención de ciertas enfermedades de acuerdo a su prevalencia, grado de morbilidad, tasa de mortalidad y costos de la intervención y la atención de grupos vulnerables como niños menores de tres años y mujeres en edad de concebir. Actualmente, y dadas las condiciones de crecimiento económico que durante muchos años disfrutaron muchos países desarrollados y en vías de desarrollo, y debido a las grandes desigualdades que aún existen en la atención de salud, hay una tendencia a impulsar nuevamente una protección integral y cada vez más universal. Así, hay un nuevo posicionamiento de la APS, como forma de retornar a la cobertura universal, con programas focalizados solo como punto de partida y no de llegada.

■ Equidad en salud

Aunque existe una gran polémica en cuanto a la virtualidad de un modelo universal de carácter público o modelos de atención focalizada del derecho a la salud, o modelos combinados de ambos (como el de aseguramiento universal en salud planteado por la Ley N° 29344), lo cierto es que, de alguna manera, el principio de acceso equitativo a la salud se ha mantenido invariable, en el sentido de que al margen de las formas como se brinde dicho acceso, ninguna

persona debería verse limitado en su posibilidad de preservar la salud por razones de orden político, económico, social o cultural. En dicho contexto, la Sociedad Internacional por la Equidad en Salud, ha definido a este principio como “la ausencia de diferencias sistemáticas y potencialmente remediadas en uno o más aspectos de la salud a lo largo de poblaciones o grupos poblacionales definidos social, económica, demográfica y geográficamente”. Por lo demás, este principio recogido en el artículo 9 de la Constitución de 1993, no se refiere a la inevitabilidad de cualquier diferencia en el goce de la salud, pues como se precisa al abordar el derecho a la salud, no toda causa de deterioro de la salud es evitable, sino que supone solo la eliminación de todas las desigualdades enraizadas en causas sociales y que pueden ser evitadas por una acción conjunta de la sociedad y el Estado.

Sin embargo, como ha resaltado adecuadamente Amartya Sen, la equidad en salud no puede suponer una visión restringida, sino que debe ser vista como una disciplina amplia, como un concepto multidimensional, que incluye aspectos relacionados con el logro de la salud y la posibilidad de lograr buena salud, y no solo con la distribución de la atención sanitaria, además de la justicia en los procesos y la ausencia de discriminación en la prestación de la asistencia sanitaria; además de requerir que las consideraciones sobre la salud se integren en temas más amplios de la justicia social y de la equidad global, prestando suficiente atención a la versatilidad de los recursos y a las

diferencias de alcance e impacto de los diferentes acuerdos sociales. Dichos aspectos entonces pueden agruparse del siguiente modo:

- a) La exigencia de enfrentar las *desigualdades sociales* que tienen un efecto negativo y dificultan el logro de una buena salud. Esto es así, desde que se entiende que el principio de equidad en salud, pretende una equiparación en el goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y no solo en la prestación de los servicios de salud; objetivo en el cual, como es indicado en numerosos estudios, es preciso atacar diversas inequidades sociales que afectan la posibilidad de gozar de buena salud. La importancia atribuible a los *determinantes sociales de la salud* ha sido ampliamente recogida con la creación, al interior de la Organización Mundial de la Salud, de la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud, la cual ha emitido recientemente un Informe Final titulado “Subsanar las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud” (2009).
- b) El reconocimiento de la *interdependencia de los derechos fundamentales* y, por lo tanto, la posibilidad de disfrutar equitativamente de ellos, especialmente de los que tienen incidencia en el goce del derecho a la salud. Como lo ha afirmado la OG N° 14, “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a

no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación”.

- c) La posibilidad de acceder a los servicios de salud, de modo *integral*, esto es, con prestaciones que supongan la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud; en condiciones adecuadas de calidad, oportunidad, aceptabilidad y accesibilidad física y económica, en tanto *elementos esenciales* de la atención sanitaria de acuerdo a lo recogido en la OG N° 14 en su párrafo 12.
- d) El respeto al principio de *no discriminación* en la provisión de los servicios médicos, de acuerdo a lo previsto en el párrafo 12 b) de la OG N° 14. Esta exigencia, contenida en el principio de igualdad formal o igualdad de trato, abordada líneas arriba, supone que en la distribución de los servicios de salud no debe restringirse el acceso a servicios de salud a un grupo de personas determinados, con base en motivos prohibidos, o solo porque de ese modo se puede lograr mejores resultados globales en salud.
- e) Un determinado *acuerdo social general* sobre la *asignación de recursos* para la salud y una decisión particular sobre la *distribución equitativa* de dichos recursos. Reconocida la centralidad de la salud en las posibilidades humanas de vivir una vida valiosa, la única forma de brindar a todas las personas (dadas las diferencias de recursos económicas entre ellas) un acceso adecuado a los servicios de salud es asignar recursos amplios a este sector, sea a través de la *solidaridad* de todos los residentes en el país

(por medio de impuestos) o de la solidaridad de los usuarios de salud (a través de aportes). Por otro lado, es preciso que una vez obtenidos los recursos para la salud, estos se distribuyan *equitativamente*, teniendo en cuenta la prioridad en la atención de las poblaciones más desfavorecidas, tal como ya se ha explicitado en esta sentencia. Por lo demás, en el uso de los recursos para la salud es necesario guardar niveles adecuados de *transparencia* y *eficiencia*, pues dada la escasez de recursos públicos y la competencia entre las distintas necesidades de la población, es preciso que se dé a los recursos el mejor uso posible. La preocupación por esta última dimensión del principio de equidad en salud, en sus facetas de mayores ingresos, mayor equidad y mayor eficiencia, ha sido puesta de manifiesto en el último Informe de la Organización Mundial de la Salud, titulado “*La financiación de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal*” (2010).

Bibliografía consultada

- GONZÁLEZ, Enrique. “El derecho a la salud”. En: *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (Compiladores). Fontamarrá, México, 2006.
- LEÓN FLORIÁN, Felipe Johan. “El derecho a la salud”. En: *Derechos fundamentales. Estudios desde las diversas especialidades del Derecho*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- SEN, Amartya. “¿Por qué la equidad en salud?”. En: *Primero la gente*. Deusto, Barcelona, 2007.
- VIDIELLA, Graciela. *El derecho a la salud*. Eudeba, Buenos Aires, 2000.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Es un derecho fundamental que consiste en brindar a las personas una protección contra las contingencias generadoras de necesidad social que disminuyan su calidad de vida. Las necesidades sociales pueden ser la vejez, la invalidez, la maternidad, la orfandad, el desempleo, las enfermedades profesionales, los accidentes de trabajo, etc., que afectan tanto la integridad física o mental, como la disponibilidad económica de los individuos y que necesitan de la solidaridad de la sociedad en su conjunto para cubrir esas circunstancias de vulnerabilidad. El derecho a la seguridad social encuentra consagración en el artículo 10 de nuestra Constitución al prescribir que: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”.

Como refiere el mandato constitucional, este es un derecho “universal”, o sea, de alcance para todas las personas sin distinción alguna; y, es “progresivo”, pues, en tanto “derecho social”, su goce será paulatino según la situación económica del país. Ahora, el disfrute de este derecho se materializa en el suministro de prestaciones individualizadas como las pensiones de jubilación, los servicios de salud, las asignaciones familiares, las bonificaciones económicas, etc., que ayudan a contrarrestar los contingencias sociales y que exige, por parte del Estado, la articulación de un sistema de instituciones que viabilicen el otorgamiento y financiamiento de esas prestaciones. Es por ello que el

concepto de la seguridad social, en tanto sistema, se asociará con otros derechos fundamentales, en particular, con los derechos a la pensión y a las prestaciones de salud, reguladas en el artículo 11 de nuestra Constitución.

El derecho a la seguridad social tiene como contenido entonces, por un lado, el derecho al establecimiento de un sistema institucionalizado que “garantice” uno o más planes de prestaciones en efectivo o en especie que proporcionen el máximo de cobertura, tanto en importe como en duración, a las necesidades sociales previamente establecidas en la ley; y, por otro lado, también el derecho a la accesibilidad universal y progresiva a esas prestaciones cuyas condiciones de ingreso deben ser razonables y proporcionadas. En esa línea, respecto del derecho a la seguridad social, el Tribunal Constitucional ha señalado en la STC Exp. N° 0050-2004-AI, acumulados, (fundamento jurídico 55) que su contenido se encuentra conformado tanto por las disposiciones legales que establecen las condiciones de pertenencia a un determinado régimen de seguridad social, como por las disposiciones legales que establecen las condiciones para la obtención de un derecho subjetivo a una determinada prestación.

Esta configuración legal del derecho a la seguridad social, del cual nos comenta el Tribunal, no significa tampoco una carta libre al legislador para que, en el *iter* de la culminación del contenido del derecho, lo trasgreda; sino que este debe respetarlo. Así lo ha demostrado el mismo Tribunal al declarar inconstitucionales algunos requisitos desproporcionados para acceder una pensión. En la STC Exp. N° 02517-2007-PA/TC, se declaró

la inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto Ley N° 18846 que establecía un plazo de prescripción de tres años como máximo para solicitar el otorgamiento de una renta vitalicia.

Por último, como se ha adelantado, este derecho además de constituir un derecho fundamental subjetivo, también se proyecta como una “garantía institucional”. Es una garantía institucional, porque confiere una especial protección a todo el complejo de instituciones y normas de la seguridad social que posibilitan el ejercicio de derechos fundamentales relacionados con la cobertura de riesgos, sobre todo los derechos a la pensión y a las prestaciones de salud. Esta protección especial impide que el poder público o los particulares los desfiguren o vacíen, sea por acción o omisión.

Bibliografía consultada

- **ABANTO REVILLA, César.** *El derecho universal y progresivo a la seguridad social.* En: *La Constitución comentada.* Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- **COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ONU.** Observación 19. 39° periodo de sesiones. Ginebra, 5 al 23 de noviembre de 2007.

DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

En la doctrina contemporánea del Derecho Procesal, con el objeto de definir el estatus científico de esta ciencia, se ha efectuado una división del proceso en tres etapas: I) la primera caracterizada

por la unidad entre el derecho material o sustantivo y el Derecho Procesal, donde este aún no tenía carta de ciencia autónoma en tanto se consideraba a la acción (y el proceso) como una extensión del derecho material que intentaba tutelar; ii) la segunda, definida más bien, por una separación estricta entre derecho material y Derecho Procesal, donde en virtud de la búsqueda de autonomía científica por parte del Derecho Procesal, se estimó al derecho de acción como un derecho abstracto distinto al derecho material que intentaba proteger, lo cual trajo sin embargo dos consecuencias adversas: considerar que podía crearse un proceso tipo para toda clase de derechos y creer que el proceso debía presentarse neutro ante las exigencias del derecho sustantivo; y iii) la tercera, que intentado superar los aspectos problemáticos de las dos etapas previas, considera al Derecho Procesal como distinto al derecho material, pero ligado a él por una relación de instrumentalidad, donde el proceso debe adecuarse a las distintas formas de tutela que exigen la satisfacción de los derechos sustantivos. En este esquema, como se ha afirmado con acierto, es necesario interpretar el derecho a la tutela judicial efectiva, presente en casi todos los ordenamientos, como un derecho a que se cree, diseñe y viabilice un proceso ajustado a las necesidades específicas de tutela que se desprenden de la diversa naturaleza de los derechos sustantivos. De este modo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva se convierte en la pieza clave de la moderna comprensión del Derecho Procesal como ciencia instrumental, no encerrada en sus propios postulados, sino al servicio de los derechos existentes en el ordenamiento jurídico.

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es posible dar una lectura similar al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, aunque acotada a la protección de los derechos fundamentales, cuando se aprecia el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que recoge el derecho de toda persona a un “recurso sencillo y efectivo” que lo proteja contra la violación de cualquier derecho fundamental establecido en la Convención, la Constitución o la ley. Al margen de que ese recurso pueda ser interpretado de diversas maneras, como un recurso administrativo o judicial, ordinario o constitucional, lo importante del derecho a la tutela judicial efectiva es que el mismo exige que, en materia constitucional, el proceso deba encontrarse adaptado a las exigencias de tutela urgente de un derecho fundamental. En dicho contexto, es que se afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva supone no solo el derecho a la existencia de un recurso (o derecho al acceso a la justicia), sino el derecho a que dicho recurso o proceso sean idóneos y adecuados para la tutela del derecho (estructura adecuada del proceso, capacidad suficiente de alegación y prueba, sencillez y sumariedad de la tramitación, entre otras cosas), además de efectivos, en el sentido de ser capaces de asegurar la decisión que se adopta para la tutela del derecho (derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales).

■ Derecho de acceso a la justicia

Este es uno de los dos componentes esenciales del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución y en el artículo 4 del Código

Procesal Constitucional. Esta dimensión supone el derecho de toda persona al acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente, cuando se encuentre en juego la determinación de sus derechos y obligaciones de naturaleza constitucional, civil, penal, laboral, o de cualquier otra índole. Este acceso, por lo demás, como lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo debe medirse en función de la existencia positiva del recurso en una norma de orden procesal, sino en cuanto a la posibilidad física, económica y cultural de acceder a dicho recurso. El no reconocimiento en el ordenamiento procesal del recurso o proceso destinado a reparar el derecho constituye, por tanto, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva; lo que no obsta, sin embargo, a que el juez nacional supla dicha deficiencia procesal y habilite algún medio de reparación del derecho, con el objeto de cumplir la obligación estatal de brindar tutela jurisdiccional a los derechos sustantivos. Del mismo modo, la no remoción de los obstáculos físicos, sociales, políticos, culturales o económicos para poder acceder al recurso o proceso supone una violación del derecho. Por ello es que se ha estimado, como una exigencia de este derecho, la creación de un sistema de gratuidad para el acceso a las personas más desfavorecidas de la sociedad, adecuada infraestructura para el acceso de personas con capacidades especiales, creación de órganos judiciales cercanos a la población, sistemas de impartición de justicia culturalmente acondicionada y en lenguas propias de las personas involucradas, entre otras exigencias.

Por otro lado, el derecho de acceso a la justicia implica también la presencia de un elemento de idoneidad, adecuación y efectividad en el recurso o proceso destinado a proteger los derechos sustantivos de que se trate. Quiere ello decir, que el derecho solo se cumple si existe la posibilidad de acceder a un juez o tribunal que disponga de un procedimiento adecuado dentro del cual se pueda lograr la tutela efectiva del derecho en cuestión. De este modo, aunque se considera que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene el carácter de un derecho de configuración legal, donde el legislador tiene un margen de acción amplio en la definición de los requisitos procesales para la interposición de los recursos, dicha configuración no admite la irrazonable restricción del proceso (STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC).

Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

Este otro componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva supone la consideración de por lo menos tres elementos: i) el derecho a que la sentencia que defina determinada situación jurídica se ejecute en sus propios términos (respeto de la cosa juzgada material), sin que esta sea alterada por algún órgano de ejecución judicial o administrativo, restringiendo el alcance de lo que se estableció en la sentencia o ampliándola en perjuicio de la parte demandada del proceso. La operativización de este derecho implica, por lo demás, la exigencia de que el juez defina en términos claros la o las pretensiones que está estimando, los actos que está anulando y las órdenes

precisas que deben cumplirse para reparar los derechos en juego; ii) el derecho a que existan apremios idóneos capaces de hacer cumplir una sentencia con calidad de cosa juzgada; y iii) el derecho a que la sentencia se ejecute en un plazo razonable (STC Exp. N° 4119-2005-AA/TC).

Bibliografía consultada

- **MARINONI, Luiz Guilherme.** *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.* Palestra, Lima, 2007.
- **AA. VV.** *Acceso a la justicia como garantía de igualdad.* Haydée Birgin y Beatriz Kohen (compiladoras), Biblos, Buenos Aires, 2006.

DERECHO A LA VERDAD

En virtud de este derecho, toda persona puede conocer la verdad sobre hechos o acontecimientos injustos y dolorosos que fueron provocados por múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Este derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron tales hechos, así como los motivos que impulsaron a sus autores.

El derecho a la verdad es un derecho fundamental no enumerado, pero incorporado al ordenamiento constitucional peruano a partir del artículo 3 de la Constitución, en la medida en que deriva del principio de la dignidad de la persona, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno. Asimismo, deriva de obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano y de la obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre (artículo 44 de la Constitución).

Si bien detrás del derecho a la verdad se encuentran comprendidos otros derechos fundamentales como la vida, la libertad, la seguridad personal, la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que este derecho tiene una configuración autónoma, una textura propia, que lo distingue de otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado; para lo cual toma en cuenta tanto el objeto de protección de este derecho como el objetivo que con su reconocimiento se busca alcanzar (STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC).

Asimismo, se ha precisado que se trataba de un derecho de carácter imprescriptible y que, aunque hubiera transcurrido mucho tiempo, las personas directa o indirectamente afectadas, por ejemplo, por la desaparición forzada de un familiar, conservan el derecho de saber en qué circunstancias se produjo esta, quién fue su autor, cuál es el paradero de la víctima o de sus restos mortales, entre otros aspectos.

Dimensión individual del derecho a la verdad

El derecho a la verdad tiene una dimensión individual, siendo titulares de este derecho las víctimas, sus familias y sus allegados. Estas personas tienen derecho a conocer las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima.

En este sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que

las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esta magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, etc. (STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC).

Dimensión colectiva del derecho a la verdad

El derecho a la verdad tiene una dimensión colectiva pues, mediante su ejercicio, se permite a la población conocer la verdad sobre hechos graves cometidos con el uso de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales. Asimismo, constituye una concretización de los principios de dignidad de la persona, del Estado Democrático y Social de Derecho y de la forma republicana de gobierno. Impone, además, la exigencia de que se conozca cómo se actuó, a fin de que los actos criminales no queden impunes.

Sobre esta dimensión del derecho a la verdad, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, si el Estado Constitucional y Democrático de Derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad es una cuestión que no solo afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano (STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC). En consecuencia, se ha entendido que detrás de las demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos

no solo están las demandas de justicia de las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y a la sociedad civil para que adopten las medidas necesarias a fin de evitar que tales hechos se repitan.

DERECHO A LA VIDA

■ Definición de ~

El derecho a la vida es el derecho fundamental que tiene todo ser humano a que se respete su existencia, que solo debería de perderse por causas naturales o accidentales. Por ello, puede considerarse al derecho a la vida como el fundamento y matriz de los derechos fundamentales. En efecto, sin vida no hay posibilidad de ser humano, ni posibilidad de sujeto de derechos, ni titular de derechos.

El derecho a la vida detenta un carácter irrenunciable y además resulta inherente a la persona humana; en tal sentido, resulta primordial entre los demás derechos y sobre todo que constituye presupuesto de los demás.

El Código Civil peruano de 1984 recoge en su artículo 5 el derecho esencial a la vida y, en concordancia con el artículo 1 del indicado cuerpo normativo, se puede colegir que se tutela a:

- La persona humana: la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento.
- El concebido: el nasciturus o el no nacido es considerado como ser independiente y distinto de la madre, reconociéndolo como sujeto de derecho para todo lo que le favorece.

Sin embargo, el derecho a la vida en el marco del Estado Social de Derecho no solo exige el mero respeto por el derecho a la vida de las personas, sino que el Estado provea condiciones necesarias para que este derecho se realice con un mínimo de condiciones que la tornen digna.

Según Dworkin la idea de que nuestras vidas tienen valor intrínseco e inviolable también nos divide profundamente. Esto puede verse más claramente cuando se discute temas tan importantes como el aborto, la eutanasia y la pena de muerte.

■ Regulación del ~ en la Constitución de 1993

La vida hace referencia a la existencia física del individuo; en el caso peruano se considera que esta se inicia desde el momento de la concepción hasta la muerte cerebral. En el artículo 2, inciso 1 de la Constitución de 1993 se ha señalado que toda persona tiene derecho: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Al mismo tiempo, la Constitución reconoce un conjunto de disposiciones que aseguran una calidad de vida o una vida digna que permita a las personas alcanzar la felicidad. Así, en el artículo 10 se establece el derecho a la seguridad social y la protección de las personas frente a las contingencias, de tal forma que se posibilite la elevación de su “calidad de vida”. También la Constitución reconoce en su artículo 6 que el derecho a la educación desempeña un rol especial en procurar una vida digna en vista de que esta “prepara para la vida”.

■ Límites al ~

Al analizarse temas tales como el aborto, la pena de muerte o la eutanasia podrá avizorarse que la Constitución no ha configurado al derecho a la vida con carácter ilimitado, pues casi ninguno de los derechos fundamentales (la excepción es el derecho a la integridad) tienen un carácter absoluto, es decir, no son ilimitados. Sobre esto último, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que: "Los derechos fundamentales, (...), no tienen la calidad de absolutos, más aún si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido" (Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros (acumulados)).

■ Bibliografía consultada

- **DWORKIN, Ronald.** *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.* Ariel, Barcelona, 1998.
- **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho de las personas.* Cultural Cuzco, Lima, 1990.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Derecho de la personalidad que otorga una protección amplia de los espacios de intangibilidad del escrutinio público, alcanzando en general la vida cotidiana y no solamente la desenvuelta en un círculo íntimo. En la configuración de ese espacio de protección, se considera el factor de la formación de las relaciones sociales, independientemente que estas lleguen a ser íntimas.

El derecho a la vida privada cuenta con una frontera, no siempre precisa, que está constantemente expuesta al riesgo de la publicidad y la difusión, más aún en tiempos en los que el desarrollo tecnológico y científico, además de los cambios sociales, generan una dinámica de puesta a disposición de la oferta y la demanda, en donde la vida privada se convierte en fuente de información de interés de ciertos grupos.

La construcción doctrinaria de los derechos de la personalidad ha relacionado a las esferas de lo íntimo, lo privado y lo individual en círculos concéntricos, determinados en función de la repercusión social. De tal forma que mientras la esfera de lo íntimo se mantiene en lo que es secreto; la esfera privada comprende la vida personal y familiar que se desea mantener a salvo de la injerencia ajena; y la esfera de lo individual alcanza hasta las peculiaridades que individualizan a la persona, como el honor, el nombre y la imagen. También se ha planteado una noción abarcadora del derecho a la vida privada, definida como todo retiro voluntario y temporal de la vida pública, que va desde la soledad (imposibilidad física de contacto), pasando por la intimidad (relaciones especiales en un grupo reducido), el anonimato (libertad para identificaciones individuales estando entre muchas personas) y la reserva (barrera psicológica frente a intrusiones no deseadas)

La dificultad de distinciones prima facie ha hecho que la tendencia actual sea el abandonar el criterio de las esferas, que planteaba la protección de la personalidad en función de la repercusión social. Un examen conforme a la ponderación de los derechos de la personalidad frente al interés público en la información.

Bibliografía consultada

- **PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.** *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Novena edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- **ROLLA, Giancarlo.** "El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y la vida privada. Breves consideraciones a la luz de la experiencia italiana". En: *Cuestiones constitucionales*. N° 7, UNAM, 2002.
- **RUIZ MIGUEL, Carlos.** *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1994.

DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA

El derecho a la vivienda adecuada se encuentra reconocido en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc). En nuestro país, la Constitución de 1993 ha suprimido el reconocimiento constitucional expreso que tenía en la Constitución de 1979. Con todo, a partir de la cláusula de derechos innominados del artículo 3 (que impone interpretar la presencia de otros derechos distintos a los expresamente previstos, en función de su vinculación con la dignidad humana, el Estado Democrático de Derecho y la forma republicana de gobierno) y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución (que exige interpretar los derechos de conformidad con los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú) puede derivarse la presencia de este derecho fundamental en nuestro ordenamiento constitucional.

La fundamentalidad de este derecho se sustenta en la presencia importante que tiene la vivienda en el disfrute de una vida digna y en su relación indesligable con el goce de otros derechos como la salud, la educación, el trabajo, la integridad física y psíquica, entre otros. Por lo demás, en un escenario, donde la pobreza se encuentra muchas veces asociada con el hábitat en viviendas precarias e insalubres, y donde –como se ha destacado por los relatores especiales de la ONU para la vivienda– el acceso a la vivienda se vuelve cada vez más costoso producto de su acentuada mercantilización, la incorporación de un enfoque de derechos humanos en las políticas públicas destinadas a atender el problema de la vivienda se hace imprescindible.

Los contenidos que se desprenden del derecho a la vivienda han sido definidos en la Observación General N° 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (la que configura una suerte de jurisprudencia o interpretación oficial del Pidesc), donde se ha destacado que el derecho a la vivienda adecuada debe ser entendido no de un modo restrictivo, como un derecho a tener un techo sobre la cabeza, sino en consonancia con el principio de una vida digna, como un derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. El concepto de vivienda adecuada significa –como ha reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5– disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello

a un costo razonable. Específicamente los elementos que la OG N° 4 ha definido como conformantes del derecho a la vivienda adecuada son: i) seguridad jurídica de la tenencia (que no supone necesariamente la propiedad, pero sí derechos debidamente protegidos por el ordenamiento jurídico); ii) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; iii) gastos soportables de posesión de la vivienda; iv) habitabilidad, estrictamente relacionada con las condiciones sanitarias y físicas del inmueble; v) asequibilidad, en especial para los grupos especialmente vulnerables; vi) ubicación en un lugar que permita el acceso a servicios de salud, educación y centros de trabajo; y vii) adecuación cultural, en los casos de vivienda diseñadas para poblaciones con características culturales específicas.

Finalmente, el Comité de DESC ha estimado como un componente esencial del derecho a la vivienda adecuada el acceso a recursos judiciales tendientes a proteger distintos ámbitos de este: a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.

■ Desalojos forzosos

En conexión directa con el derecho a la vivienda adecuada y teniendo en cuenta las graves implicancias de un desalojo, no solo sobre el derecho a gozar de una vivienda, sino sobre un conjunto amplio de derechos básicos, el Comité de DESC ha desarrollado las condiciones que este debe poseer para no afectar desproporcionadamente este derecho. En la OG N° 7 el Comité ha precisado que el derecho a la vivienda supone un grado razonable de seguridad en la tenencia del inmueble, por lo que la expulsión del inmueble solo puede proceder por causas legalmente previstas y previo un procedimiento con todas las garantías del caso. En dicho contexto, es obligación de los Estados regular expresamente las causas por las que cabe el desalojo y el procedimiento orientado a efectuar dicha desocupación forzosa de la vivienda. En el caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (1985, 3 SCC 545) resuelto por la Corte Suprema de la India, como en la OG N° 7 se ha destacado el crucial papel del debido proceso al momento de efectuar un desalojo, por lo que se han definido las siguientes reglas: a) una auténtica oportunidad de consultar a las personas afectadas; b) un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) facilitar a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) la presencia de funcionarios del gobierno

o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando este afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento; g) ofrecer recursos jurídicos; y h) ofrecer asistencia jurídica siempre que sea posible a las personas que necesiten pedir reparación a los tribunales.

Cuando el desalojo forzoso se produzca por causa del interés nacional de realizar un proyecto de infraestructura o de otro tipo en el lugar de la vivienda, el Comité ha destacado la obligación del Estado de reasentar o relocalizar, en condiciones adecuadas, a las personas afectadas en su derecho a la vivienda, más aún cuando se trate de poblaciones especialmente vulnerables. El mismo deber ha desprendido la Corte Constitucional de Colombia, en los supuestos en los que es necesario recobrar el ornato público de una ciudad o un espacio público ocupado por pobladores a los que, sin embargo, la propia autoridad estatal consintió vivir en dichas zonas, generándose una suerte de “confianza legítima” en dicha población (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-034/04).

Bibliografía consultada

- **PISARELLO, Gerardo.** *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible.* Icaria, Barcelona, 2003.

DERECHO A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Derecho fundamental que comprende, entre el haz de posiciones iusfundamentales, el derecho al no impedimento de acciones referidas a emitir o conocer las valoraciones subjetivas (con relación a la libertad de expresión) y los datos constatables (en lo referido a la libertad de información); así también, este derecho integra la libertad de hacer u omitir dichas acciones. Su reconocimiento constitucional se encuentra en el artículo 2, inciso 4.

La relación que existe entre estos derechos y el sistema democrático consiste en que, tanto emitiendo como recibiendo información objetiva y juicios de valor, los ciudadanos forman su opinión sobre asuntos de interés público: los datos relevantes permiten la discusión racional sobre estos temas, y esto posibilita la participación del ciudadano en la toma de decisiones. Debido a su importancia en el sistema democrático, el derecho a las libertades de expresión e información comprende también el derecho a prestaciones por parte del Estado, referidas a la labor de difusión de información y de supervisión de los *medios de comunicación*, quienes colaboran en la formación de los ciudadanos, según el artículo 14 de la Constitución.

Como el derecho a la información es uno de los sustentos básicos de toda sociedad democrática, que reconoce en los ciudadanos a la fuente de poder cedida al Estado, razón por la que son actores centrales en la continua construcción de

la República, esta participación activa exige la formación permanente de ciudadanos que conocen y se preocupan por la cosa pública; para lo cual se necesita de conciencias libres y con iguales posibilidades de emisión de y acceso a la información. Uno de los medios que el Estado emplea para lograr este propósito es mediante la educación básica obligatoria; mientras que la educación informal, que debe ser constante, se realiza a través de los medios de comunicación masiva.

■ Bibliografía consultada

- **EGUIGUREN PRAELI, Francisco.** “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor: el caso peruano”. En: *Ius et praxis*, 2000.
- **FISS, Owen.** “Las dos caras del Estado”. (Conferencia pronunciada por el profesor Owen Fiss con ocasión de recibir el Doctorado Honoris Causa por parte de la Universidad de Palermo). En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 10, N° 1, Buenos Aires, agosto de 2009.

■ Información de interés público

Entre los límites al derecho a la libertad de expresión e información se encuentra el carácter público de lo que se difunde. De tal forma que se está en ejercicio del referido derecho cuando la información difundida y recibida es de interés público. Lo público es el espacio en el que los ciudadanos participan con autonomía para lograr consensos respecto a tópicos que involucran necesidades de la vida en sociedad. Por lo que para identificar si una información es de interés público deben considerarse

dos factores: el proceso deliberativo para alcanzar la respuesta al problema y la incidencia de dicha respuesta en las instituciones constitucionales. Es en esta línea que mientras las discusiones sobre temas referidos a los derechos fundamentales, el funcionamiento de la Administración Pública o del mercado y las finanzas son materias que los ciudadanos requieren conocer, en tanto que involucran a grupos y no solamente a individualidades. Es así que, en contraposición, la información o las expresiones que, lejos de ser de interés público, solamente entretienen o escandalizan, y que solo por eso mantienen fiel al público, no encuentran respaldo constitucional en el derecho a la libertad de expresión e información.

El alcance del interés público no se circunscribe a lo estatal, sino que se amplía hacia lo colectivo y global, ya sea de la sociedad o de un segmento de ella, en contraposición a los intereses particulares. La información, por tanto, debe ser tributaria de este interés y servir a la formación de opinión de los ciudadanos sobre los temas que exigen deliberación y repercuten en las instituciones constitucionales.

■ Bibliografía consultada

- **AZURMENDI, Ana.** *Derecho de la información. Guía jurídica para profesionales de la comunicación*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.
- **GONZALES MANTILLA, Gorki.** “Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción”. En: *Rompiendo la diferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público*. Fundación Ford, Santiago de Chile, 2000.

DERECHO A NO PADECER HAMBRE Y DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA

El derecho a no padecer hambre y a una alimentación adecuada han sido previstos en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc). Mientras el primer párrafo de dicho artículo recoge, dentro del derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a una alimentación adecuada, el segundo párrafo es más enfático en señalar que existe un derecho a estar protegido contra el hambre. Aunque el derecho a no padecer hambre parece estar incorporado en el derecho a una alimentación adecuada, como una exigencia de satisfacer niveles esenciales de alimentación, el carácter extremadamente riesgoso del hambre para la propia vida y otras capacidades funcionales básicas de la persona y la situación indigna que supone su sufrimiento, parecen darle a este derecho un carácter reforzado sobre el derecho a la alimentación, que supone una proscripción absoluta de sufrir hambre, sea por causas deliberadas de privación de alimentos a una población específica (en casos de conflictos internos, por ejemplo), sea por causa de una grave negligencia estatal (al no adoptar las medidas urgentes que se requieren para paliar una situación de hambruna, por ejemplo). En este contexto es que se ha sugerido que el derecho a no padecer hambre es una suerte de “metaderecho” o derecho a evaluar la justicia y legitimidad de todo el sistema social en función de la satisfacción de este derecho. En la misma línea, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*

(Sentencia del 24 de agosto de 2010), ha dispuesto la responsabilidad del Estado por las muertes de los pobladores de la comunidad indígena *Xákmok Kásek*, quienes fallecieron afectados, entre otras cosas, por la pérdida del acceso a sus alimentos, con consentimiento y falta de protección de las autoridades estatales.

En lo que respecta al derecho a una alimentación adecuada, la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha definido a este derecho como el derecho de todo hombre, mujer y niño, ya sea solo o en común con otros, al acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla; entendiéndose por alimentación adecuada el régimen alimenticio que aporta una combinación de productos nutritivos para el crecimiento físico y mental, el desarrollo y el mantenimiento, y la actividad física que sea suficiente para satisfacer necesidades fisiológicas humanas en todas las etapas del ciclo vital, y según el sexo y la ocupación. Si bien el derecho a la alimentación adecuada ha estado involucrado implícitamente con el llamado derecho a la subsistencia, al mínimo vital o a un nivel adecuado de vida, ha adquirido autonomía debido a la valoración que ha adquirido el hecho de la malnutrición como fuente de desventaja e inequidades futuras (dificultando el goce de otros derechos como la educación y limitando la propia elaboración libre de un proyecto de vida digno y valioso), y la necesidad de adoptar medidas específicas para afrontar el problema de la malnutrición y el hambre que aquejan al mundo en proporciones escandalosas.

El contenido del derecho a la alimentación adecuada, de acuerdo a la OG N° 12 comprende: i) la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas y aceptables para la cultura determinada; y ii) la accesibilidad a los alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos. Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo al Comité de DESC, el derecho a la alimentación adecuada no solo supone, como generalmente se cree, la exigencia de crear programas alimentarios para las personas situadas en situaciones de pobreza extrema o grupos especialmente vulnerables que tengan dificultad para acceder física o económicamente a los alimentos, sino que implica todo un conjunto de medidas ubicadas en el propio funcionamiento del sistema económico y social, que coadyuven o permitan a las personas acceder por sí mismos a los alimentos o que les permitan afrontar situaciones de necesidad en casos de carencia o crisis económicas. Así por ejemplo, el cumplimiento del derecho a la alimentación tiene que ver con la existencia de programas de lucha contra la pobreza, de políticas de fomento de empleo digno, de un sistema de seguridad social que cubra a las personas contra contingencias médicas o pérdida de la capacidad laboral, entre otras medidas.

■ Seguridad alimentaria

Uno de los componentes básicos del derecho a una alimentación adecuada es, como ya se precisó, el derecho

a acceder a los alimentos en condiciones que sean sostenibles. Quiere ello decir que el acceso a los alimentos debe realizarse de una manera que garantice a cada individuo su acceso físico y económico en el presente y en el futuro cercano y lejano; además de considerar la responsabilidad que se tiene con el medio ambiente del que se obtienen los alimentos y con la provisión de alimentos para las generaciones futuras. Ambas exigencias guardan directa relación con el concepto de seguridad alimentaria, sobre el cual se estudia y discute mucho en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre todo por las implicancias que ciertas formas de explotación intensiva de los recursos naturales, a nivel global, puede tener sobre la seguridad en la disposición y accesibilidad a los alimentos.

La seguridad alimentaria supone entonces tener como referencia por lo menos los siguientes elementos: i) la garantía de que en todo el territorio de un país se disponga de los suficientes alimentos para la nutrición adecuada de toda la población; ii) que los suministros necesarios para la producción y distribución de los alimentos se tengan en la medida suficiente para no afectar cualquier etapa de la cadena alimenticia; y iii) que todas las personas de un territorio tengan la posibilidad real y permanente de acceder a los alimentos.

■ Bibliografía consultada

- AÑÓN, María José. "El derecho a no padecer hambre y el derecho a la

alimentación adecuada, dos caras de una misma moneda". En: *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (compiladores), Fontamara, México, 2006.

- **SEN, Amartya.** *El derecho a no tener hambre*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

DERECHO AL ACCESO A INTERNET

Si atendemos al hecho de que las necesidades básicas, que involucran adscripción de derechos fundamentales, pueden ir expandiéndose, producto de una sociedad más compleja donde las posibilidades de una vida digna y plena se relacionan con el acceso a bienes nuevos surgidos en dicha sociedad, la discusión respecto a la incorporación del derecho a acceder a Internet en la lista de derechos fundamentales parece pertinente y atinada. Los que defienden la tesis de su inclusión en dicho catálogo afirman que este derecho puede sostenerse tanto desde una óptica liberal, como medio para la difusión del pensamiento y la libertad de información, como desde una perspectiva democrática, en tanto instrumento para la crítica social y política, e incluso desde una visión social, como presupuesto para una sociedad más educada y más igualitaria. Los que expresan reticencias a dicha incorporación se enfocan en alto costo del reconocimiento de dicho derecho, en la prioridad que exige la satisfacción de otros derechos más básicos y en el argumento del efecto contraproducente de la "inflación de derechos".

Recientemente el Relator Especial de la ONU para la promoción y protección de la libertad de opinión y expresión ha emitido un informe especial (A/HRC/17/27, de 16 de mayo de 2011) donde afirma que el acceso a Internet es una obligación prioritaria para los Estados miembros, dada su relación indesligable con la libertad de expresión y la democracia en los tiempos actuales y vistos los recientes sucesos históricos acaecidos con las revoluciones de la primavera árabe. Por esta razón, el Relator considera que este derecho incluye no solo la posibilidad de acceder a Internet, sino de que dicho acceso sea asequible y no esté sujeto a la censura por parte de los gobiernos. Otro aspecto en el que se ha hecho énfasis es en la relación de este derecho con el derecho a la educación y con la obligación de expandir los servicios de Internet y banda ancha, priorizando zonas y poblaciones donde el acceso es más difícil. Esta ha sido la postura, por ejemplo, de la Sala Constitucional de Costa Rica, en el caso Juan Manuel Campos vs. el Ministerio de Telecomunicaciones (fallo del 30 de julio de 2011), donde la Sala declaró la existencia de un derecho fundamental innominado al acceso a las nuevas tecnologías de la información, a la erradicación de la brecha digital y al acceso a Internet. Este es el mismo sentido que se le ha dado en nuestro país el Proyecto de Ley (aprobado en el Congreso de la República el 28 de abril de 2011 y observado por el Poder Ejecutivo) que declara como derecho fundamental el acceso gratuito a Internet y como de necesidad pública y de preferente interés nacional la masificación de los servicios de telecomunicaciones de banda ancha.

DERECHO AL AGUA

Tal como se ha previsto en el artículo 3 de la Constitución la enumeración de los derechos establecidos en la norma fundamental constituye solo una lista enunciativa y no taxativa o cerrada de estos (cláusula de los derechos implícitos); es decir, no se excluye la posibilidad de que se reconozca y garanticen otros derechos fundamentales que expresamente no estén recogidos como tales por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, aunque la Constitución no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentra enervada.

En atención a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. N° 6534-2006-PA/TC) que aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Así, su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho.

El agua constituye un elemento esencial para la salud básica y el desarrollo de toda actividad económica, por lo que resulta vital para la supervivencia de todo ser humano (STC Exp. N° 2064-2004-AA/TC). En ese sentido, el derecho al agua potable supondría primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso

natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no solo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia de este elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades básicas y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia (STC Exp. N° 06534-2006-PA/TC).

Asimismo, el agua, en tanto recurso natural, incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede decirse por consiguiente que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo (STC Exp. N° 06534-2006-PA/TC).

Teniendo en cuenta lo señalado, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar este derecho cuando menos en tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. En ese contexto, la protección de este derecho no se agota con proclamar que el agua existe, sino que además debe facilitarse un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.

DERECHO DEL DEBIDO PROCESO

Derecho reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución, mediante el cual se busca garantizar que, cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas (STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC). La denominación procede del derecho anglosajón, en el que se emplea la expresión *due process of law* (que puede ser traducida como “debido proceso legal”).

Se dice que el derecho al debido proceso tiene un contenido complejo pues se encuentra conformado por un conjunto de derechos que son esenciales para que el proceso pueda desarrollarse adecuadamente y cumpla con su finalidad. Asimismo, se dice que es un derecho de configuración legal pues, para la delimitación concreta de su contenido constitucionalmente protegido, es preciso tener en consideración lo establecido en la ley correspondiente.

Tiene dos dimensiones:

a) *Procesal o formal*: En esta dimensión, el derecho al debido proceso está integrado por un conjunto de principios y reglas relativas a una serie de formalidades, como son: el derecho a probar, a la defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención

de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, entre otros.

b) *Sustancial o materia*: Esta dimensión se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, los que determinan la prohibición de cualquier decisión arbitraria, sin importar si esta fue emitida dentro o fuera de un proceso o procedimiento. Un acto será considerado arbitrario y, por tanto, lesivo del derecho fundamental a un debido proceso sustantivo, si este no se sujeta a parámetros de razonabilidad; es decir, si su fin no es lícito –en tanto vulnera un derecho o un bien jurídico de mayor jerarquía que el que pretenden protegerse– y los medios para alcanzarlo no son proporcionales –en tanto no respetan los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto–.

El Tribunal Constitucional ha interpretado que este derecho fundamental no limita su ámbito de aplicación a los procesos judiciales, sino que también alcanza a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional. En consecuencia, el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas que integran el derecho al debido proceso también deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

DERECHO AL HONOR Y A LA BUENA REPUTACIÓN

Derecho fundamental por el que el titular del derecho tiene, frente al sujeto pasivo, el derecho a que este no le afecte su situación de goce del honor. El alcance normativo del honor se basa en la dignidad y la personalidad, remitiéndose a la valoración de la persona a propósito de sus interacciones sociales. Por ello, el derecho al honor se proyecta hacia todos los espacios en donde la persona se expresa de diversas maneras.

El concepto relacional y normativo del honor evita la dicotomía del concepto fáctico de honor, que en su manifestación subjetiva hace referencia a la auto-percepción, mientras que en la objetiva, a la percepción colectiva.

Con base en el concepto normativo de honor, se identifican dos niveles de protección: una universal y otra diferenciada, en función de las circunstancias casuísticas, alcanzada por cada persona en función de su desenvolvimiento en sociedad. Esto permite que, además de reconocer el derecho al honor a toda persona, se otorgue tutela además a los espacios relacionales que la propia persona ha desarrollado. Es este segundo aspecto el que corresponde a la buena reputación.

Se ha formulado además, siguiendo el criterio de las esferas concéntricas, que el honor comprende un núcleo intangible, vinculado a la dignidad humana, uno intermedio, que incluye a la integridad moral y el prestigio profesional, y uno externo, conformado por la reputación en general. Esta distinción resulta útil para la determinación de la intensidad en la intervención del derecho al honor.

Como sucede con toda norma con estructura de principio, como mandato prima facie exige una concreción posterior, en función de los casos, los cuales posibilitan la configuración de una regla que comprende las circunstancias fácticas y jurídicas examinadas. Por lo que, para una delimitación abierta a los cambios de la sociedad, la determinación de los niveles de protección debe realizarse en función de una construcción paulatina y casuística desde la jurisprudencia.

■ Derecho a la rectificación

Manifestación positiva del derecho al honor, en tanto otorga al titular del derecho la competencia para exigir la rectificación de la información difundida que afecta su honor. Opera además como un mecanismo de tutela frente a las extralimitaciones en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.

■ Bibliografía consultada

- **DE DOMINGO, Tomás.** *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión, e información y los derechos al honor y la intimidad.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- **MENDOZA ESCALANTE, Mijail.** *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor.* Palestra Editores, Lima, 2007.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El derecho al libre desarrollo de la personalidad –denominado también “libertad

general de acción” o “cláusula general de libertad” – alude a la libertad de toda persona para hacer y omitir lo que ella quiera según los propios planes o modelos de vida, dentro de lo constitucionalmente admisible. Implica, expresado de otra forma, que todo ámbito de acción o libertad humana, aunque no forme parte de ningún derecho fundamental específico, merezca protección como si lo fuera, por lo que el Estado o los particulares solo podrían intervenir en él contando con una razón constitucional válida, esto es, razonable y proporcional.

Este derecho plantea un asunto esencial para el constitucionalismo: la relación entre el Estado y los derechos. Al respecto, sucede que no todos los Estados constitucionales reconocen o tutelan la libertad general de acción, a pesar de creer en la vigencia y valor superior de los derechos fundamentales. En efecto, cada comunidad política resuelve de manera distinta si la libertad humana protegida se extiende solo a los derechos fundamentales hasta los límites que impone el Estado, y sobre todo el legislador (libertad humana en el marco de la ley); o si, por el contrario, lo garantizado prima facie es la libertad humana en términos generales y más bien toda actuación estatal que pretenda limitarla debe ser razonable y proporcional, aunque no hayan derechos fundamentales específicos en riesgo (actuación estatal en el marco de la libertad humana). Como resultará claro, solo cuando se reconoce la prevalencia de la libertad frente al Estado puede afirmarse que existe el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Ahora bien, al tratarse de definir las relaciones entre libertad y autoridad, tal vez la decisión más importante de una comunidad política, ello solo podría ser establecido por el constituyente.

En el caso peruano, este derecho se encuentra reconocido por el artículo 2, inciso 1 de la Constitución, que señala en su parte final que toda persona tiene derecho a “su libre desarrollo y bienestar”. El Tribunal Constitucional recientemente ha confirmado esto (STC Exp. N° 00032-2010-AI/TC, STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC); antes había señalado que el libre desenvolvimiento de la personalidad más bien era un derecho no enumerado, conforme al artículo 3 de la Carta (STC Exp. N° 2868-2004-AA/TC), lo cual constituía un error, tanto porque la existencia de este derecho compete al constituyente y no a los jueces, porque el recurso a la cláusula de derechos no enumerados debe ser excepcional y en este caso existía una disposición a la que podía adscribirse el derecho, y porque la estructura del libre desarrollo no es la de un derecho constitucional específico, aunque no expresamente consagrado, que es lo que permite el mencionado artículo 3.

De otra parte, una discusión distinta en torno a este derecho se refiere a si protege cualquier ejercicio de libertad humana siempre que se ejerza conforme al conjunto de valores constitucionales –incluso si se trata de algo reprochable para la mayoría–, o si solo se protege la libertad encaminada al bienestar, desarrollo o perfeccionamiento humano y, en tal sentido, no se tutelan acciones o actividades que tiendan a la autolesión o autodestrucción, o que afecten o anulen la autonomía personal. Se ha mencionado incluso que las palabras “desarrollo” y “bienestar” que contiene el artículo 2, inciso 1 de la Carta refuerzan la idea de que se trata de una libertad de acción orientada hacia la autorrealización; o que el ejercicio de este derecho tiene una protección menos intensa cuando

se trata de acciones que mermen la autonomía. Al respecto, debe entenderse que este derecho protege la libertad en sentido amplio, incluso respecto de acciones o actividades consideradas socialmente disvaliosas o lesivas de uno mismo, aunque admitiéndose injerencias, entre ellas medidas paternalistas –como ocurre con los demás derechos– siempre que sean constitucionalmente legítimas.

■ Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- **MENDOZA ESCALANTE, Mijail.** “El derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 5, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2008.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.
- **SOSA SACIO, Juan Manuel.** “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Luis Sáenz Dávalos (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO

■ Sustento normativo del ~

El derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida está reconocido en la Constitución (artículos 2, incisos 22; 66; 67; 68; 69 de la Constitución).

Por medio ambiente puede entenderse el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven, el entorno considerado globalmente: espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza, así como el entorno urbano; y finalmente, las interrelaciones que se produce en el entorno: clima, paisaje, ecosistema, entre otros.

■ Deberes del Estado con respecto al ~

La Constitución consagra a este derecho como fundamental, por tanto, el deber del Estado no solo se manifiesta en prever los mecanismos de su garantía y defensa en caso de transgresión, sino, también en el de ejercer un control a priori, esto es, de realizar los estudios pertinentes para que, antes de que se realicen las actividades que puedan afectar el medio ambiente, se tenga cierto grado de certeza sobre las consecuencias que dicha actividad pueda ocasionar. Solo de esta manera se podrán adoptar medidas destinadas a evitar el daño o, en todo caso, hacerlo tolerable (Exp. N° 01206-2005-PA/TC).

■ Contenido protegido del ~

El contenido de este derecho implica por un lado el goce de un medio ambiente equilibrado y adecuado, y por el otro, el derecho a que este se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio

ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

En relación con el segundo elemento del contenido esencial, se establece que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (Exp. N° 05387-2008-PA/TC, Exp. N° 04223-2006-PA/TC, 00048-2004-AI/TC).

■ Titularidad del ~

Su titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, su condición de ciudadano. Sin embargo, no es sólo un derecho subjetivo, sino que se trata también de un derecho o interés con caracteres difusos. En cuanto al interés difuso, cualquier

persona natural está autorizada para iniciar las acciones judiciales que se hayan previsto en el ordenamiento con el objeto de dispensarle tutela, por lo que para tales casos no se requiere que exista una afectación directa al individuo que promueve la acción judicial. Además, también se ha previsto que gozan de legitimidad procesal para su defensa las personas jurídicas que tienen como objeto social la preservación del medio ambiente (Exp. N° 00964-2002-PA/TC).

■ Bibliografía consultada

- CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y Medio Ambiente*. Jurista, Lima, 2004.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La consideración de que es necesario garantizar a todo individuo unos recursos materiales mínimos se origina en la constatación de un fenómeno social que aparece y se desarrolla a partir de la industrialización y el desarrollo técnico de los siglos XIX y XX: la existencia de una inmensa masa de individuos que ven amenazada su subsistencia por la falta de alimento y de vestido, que identificamos como población en situación de extrema pobreza. Y dentro de dicho grupo, a ciertos individuos en una situación de especial vulnerabilidad, como ancianos, niños, mujeres embarazadas, enfermos, discapacitados. Se trata de individuos que por su debilidad, no se encuentran en condiciones de asegurar autónomamente su propia subsistencia, y que por lo tanto, se encuentran en permanente riesgo –y un riesgo real– de sucumbir ante el hambre, la enfermedad, la violencia, e incluso la muerte.

En ese orden de ideas, el derecho al mínimo vital vendría a ser aquel derecho humano que asegura a todo individuo en situación de especial vulnerabilidad, la protección de un –mínimo espacio vital dominado–, vale decir, a contar con la cantidad mínima de recursos que le permitan hacer frente a sus necesidades más básicas. Es decir, se trataría de un derecho que puede ser reconocido a todos los seres humanos, dado que en todos existe la potencialidad de encontrarse en una situación de vulnerabilidad que amenace su subsistencia.

El mayor desarrollo de este derecho se puede atribuir a la jurisprudencia constitucional colombiana, a partir de la Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992. Mención especial merece la sentencia T-458 de 1997, en la cual la Corte Constitucional de Colombia reconoce que existen personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.

Sin perjuicio de tales definiciones, el contenido concreto que se le otorgue al derecho al mínimo vital, y las posiciones que se le puedan adscribir de manera definitiva, dependerá de lo que resulte necesario para la protección del “espacio vital dominado” en cada caso concreto. Por ejemplo, tal derecho podría fundamentar la imposición de mínimos a los salarios y pensiones de jubilación, así como la inembargabilidad de ciertos bienes (por ejemplo, las herramientas de trabajo), e incluso, el establecimiento de una asignación económica por parte del

Estado, en ciertos supuestos claramente determinados.

Bibliografía consultada

- **CARMONA CUENCA, Encarnación.** “Los de prestación y el derecho a un mínimo vital”. En: *Nuevas Políticas Públicas*. Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2150787> Consulta: 26 de agosto de 2011).
- **JIMENA QUESADA, Luis.** *La Europa social y democrática de Derecho*. Dykinson, Madrid, 1997.
- **RAVENTÓS PAÑELLA, Daniel.** “La renta básica: introito”. En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. N° 04, 2001. <<http://www.uv.es/CEFD/4/raventos.html>> [Consulta: 26 de agosto de 2011].
- **VAN PARIJS, Phillippe.** “Más allá de la solidaridad. Los fundamentos éticos del Estado de Bienestar y de su superación”. En: AA.VV. *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Instituto Sindical de Cooperación al Desarrollo-Junta de Andalucía, Medellín, 2001.

DERECHO AL SECRETO BANCARIO

El Tribunal Constitucional ha precisado (STC Exp. N° 01219-2003-PHD/TC) que la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de Derecho Privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran

realizar con cualquier ente, público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero.

Por ese motivo ha sostenido que, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular no es la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), tampoco los bancos o entes financieros con los cuales se suscriben tal clase particular de actos jurídicos, sino es siempre el individuo o la persona jurídica de Derecho Privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras.

En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su conocimiento y acceso solo pueden levantarse “a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado”. A diferencia de lo que sucede con la información pública, en la que la regla es su publicidad y transparencia, y la excepción es el secreto, tratándose del conocimiento de información vinculada a la vida privada de una persona, la regla es siempre el secreto o su confidencialidad, en tanto que su publicidad, sujeta a un control intenso bajo el test de razonabilidad y proporcionalidad, la excepción.

Por otro lado ha manifestado que este derecho impone obligaciones de diversa clase a quienes tienen acceso, por la naturaleza de la función y servicio que prestan, a ese tipo de información. En primer lugar, a los entes financieros y bancarios, con quienes los particulares, en una relación de confianza, establecen determinada clase de negocios jurídicos. En segundo lugar, a la misma SBS, que, como organismo supervisor del servicio

público en referencia, tiene acceso a determinada información, a la que, de otro modo, no podría acceder. En definitiva, como señala el artículo 140 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, “Es[tá] prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de estos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143”.

Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial (STC Exp. N° 0019-2009-PI/TC).

DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, derivado del clásico derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, es considerado, en cierto sentido, un derecho instrumental (que permite el ejercicio) al derecho a la vida privada. Junto con el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la inviolabilidad de domicilio,

el secreto bancario y el secreto profesional, el derecho al secreto de las comunicaciones busca garantizar un ámbito de privacidad donde la persona pueda ejercer, con tranquilidad y libertad, todo el conjunto de relaciones sociales que desee, esperando no sufrir intervenciones de terceros o del Estado. Este sentido de relación del derecho al secreto de las comunicaciones con el derecho a la vida privada no debe confundirse, sin embargo, –como se ha anotado en la doctrina– con el carácter privado o no del contenido del mensaje comunicativo. Es decir, el derecho al secreto de las comunicaciones brinda cobertura constitucional al proceso comunicativo en sí, independientemente de si lo comunicado pertenece al ámbito de la vida privada o íntima de la persona. En este sentido, el derecho al secreto de las comunicaciones tiene –como se ha sostenido recurrentemente en la doctrina– un carácter estrictamente formal.

Lo importante en la definición del derecho al secreto de las comunicaciones no es, por tanto, la cualidad del mensaje comunicado, sino la cualidad del proceso comunicativo o comunicación efectuada, la misma que será privada en los términos que nuestra Constitución exige en su artículo 2, inciso 10, si se encuentra dirigida a un grupo cerrado de comunicantes y si, por las condiciones en que se realiza la comunicación, la misma puede preverse objetivamente que permanecerá en el ámbito privado de las personas participantes de la comunicación. El elemento crucial para determinar si una comunicación se encuentra protegida por el derecho es lo que se denomina como “expectativa de secreto o confidencialidad”, la cual, como ya se dijo, debe ser objetiva y razonable. Así,

se ha ejemplificado que quien se dirige a través de un teléfono a un auditorio abierto, en un programa de televisión en vivo, no podrá alegar que dicha comunicación estaba protegida por el secreto.

En síntesis, se ha considerado que el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas protege todo proceso comunicativo, efectuado en condiciones objetivas de confidencialidad y secreto, y la sustancial libertad con que este proceso debe ser realizado. En dicho contexto, se considera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas incorpora: a) en primer lugar, el derecho a que no se interfiera ninguna etapa del proceso comunicativo, por lo que se estima como una violación del derecho (tal como lo prescribe nuestra Constitución), cualquier interceptación, intervención, incautación o apertura de una comunicación, y no solo el descubrimiento del mensaje comunicado; b) igualmente, el derecho a que no se interfiera ningún aspecto de la comunicación, lo que incluye además del mensaje comunicado, los llamados “datos externos” del mensaje, como los nombres, de los participantes, la entidad a la que puedan pertenecer, la dirección de origen o de destino, los códigos o números que identifican a los participantes, entre otros; y c) finalmente, el derecho a que, en caso sea constitucionalmente justificable la intervención en la comunicación privada, merced a la protección de otros bienes constitucionales, la misma se realice bajo determinados presupuestos: i) que sea efectuada por mandato motivado del juez, ii) que se respeten las garantías previstas en la ley (que en nuestro caso están especificadas en el

artículo 230 del Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal) y iii) que la intervención supere el test de proporcionalidad, como límite último del ejercicio de los derechos fundamentales (con sus respectivos subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación).

Ejercicio del ~ en el ámbito laboral

En la actualidad, la utilización de los medios informáticos en el ámbito laboral es objeto de una gran polémica y de estudios cada vez más detallados, dada la gran variedad de supuestos que se presentan. El uso de la computadora u ordenador, de la Internet, de los correos electrónicos, laborales o privados, de las redes sociales, o de los mensajeros, a través de recursos o medios brindados por el empleador, parece poner en conflicto el poder de dirección del empleador (y su derecho a regular el uso de los bienes de la empresa) y algunos derechos fundamentales de los trabajadores, como el derecho a la información, a la privacidad y, en algunos casos, el derecho al secreto de las comunicaciones. Se argumenta, por un lado, que dado que el uso de los medios informáticos por parte de los trabajadores se realiza en bienes entregados por el empleador con fines laborales, el uso personal de estos se encuentra absolutamente prohibido y supone un quebrantamiento del principio de buena fe laboral; mientras que, de otro lado, se estima que negar, en la actualidad, un uso personal moderado de los recursos informáticos afecta el derecho de los trabajadores a relacionarse

socialmente en el trabajo y a acceder a información indispensable en su vida diaria. El problema se ubica pues en la búsqueda de un término medio entre el llamado “absentismo virtual” (uso personal excesivo de los recursos informáticos de la empresa por parte de los trabajadores y consecuente baja productividad) y el “extrañamiento social” del trabajador (que anula su capacidad de relacionarse a través de estas nuevas tecnologías de la información). Hoy parece claro, sin embargo, que la potestad de regular el uso de los medios informáticos corresponde al empleador, aunque bajo determinados límites impuestos por los derechos fundamentales de los trabajadores.

En el caso del derecho al secreto de las comunicaciones, en doctrina se asume, de un modo más o menos pacífico, que las comunicaciones efectuadas a través de correos laborales o chats internos (que llevan la extensión de la empresa), en tanto sobre estas no cabe una expectativa de secreto o confidencialidad (elemento clave de definición del derecho), no se encuentran protegidas por la garantía del secreto y la inviolabilidad. No obstante, en el *Documento de Trabajo relativo a la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo*, elaborado por el Grupo de Trabajo “Artículo 29” de la Unión Europea, se ha establecido la necesidad de que se establezca una regulación previa y expresa sobre el uso de los recursos informáticos, como presupuesto para la realización de cualquier control sobre las comunicaciones (principio de transparencia).

Atendiendo a dicho criterio es que la jurisprudencia ha exigido para la realización de una intervención constitucionalmente legítima en la comunicación efectuada a través del correo o chat laboral, que el empleador haya informado previamente al trabajador, a través del reglamento interno de trabajo, del uso exclusivamente laboral del correo y de la posibilidad de fiscalización; de lo contrario, se asume que dicha intervención es ilegítima, pues cabía una expectativa de confidencialidad sobre la comunicación efectuada. Por otro lado, en el referido documento se ha dispuesto la necesidad de que los controles sobre las comunicaciones efectuadas a través del “*e-mail* laboral” sean razonables y no invasivas, arbitrarias o direccionadas contra un trabajador o un grupo de trabajadores específicos, debiendo efectuarse, primordialmente, a partir de hechos concretos que los justifiquen (además de controles aleatorios), mas no presuponiendo el mal uso de dichos medios por parte de los trabajadores. Finalmente, es casi unánime en la doctrina la postura según la cual el correo personal del trabajador, aun cuando haya sido abierto o manipulado desde una computadora del empleador, tiene la característica de una comunicación privada, protegida por el derecho al secreto. Por lo demás, en doctrina también se considera que no cualquier uso personal del correo laboral puede dar pie a la imposición de una sanción, quedando reservada la misma para un uso *irregular, abusivo y/o desproporcionado* del correo laboral o de los medios informáticos brindados por el empleador.

La vulneración del ~ y la prueba ilícita

La Constitución de 1993 ha prescrito en su artículo 2, inciso 10 que la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones (esto es, una intervención en las comunicaciones sin mandato motivado del juez, o sin el cumplimiento de las garantías constitucionales y legales del caso) supone la nulidad (o ineficacia) de cualquier acto que se sustente en la comunicación intervenida. Esta garantía constitucional de ineficacia de los documentos obtenidos con afectación del derecho al secreto se conecta, en dicho contexto, con el tema de la prueba ilícita. Quiere ello decir, que la información encontrada con ocasión de una intervención ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser utilizada como prueba en sede de cualquier proceso judicial, especialmente en el proceso penal.

En la doctrina sobre la prueba ilícita es preciso distinguir entre prueba ilícita y prueba irregular, pues la ineficacia solo se postula respecto de la primera. La prueba ilícita es la que se produce con afectación de derechos fundamentales del procesado (derecho a la integridad física y psíquica, derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho al secreto de las comunicaciones, derechos derivados del debido proceso formal, etc.) y la prueba irregular es la que se incorpora al proceso con infracción de una norma procesal, pero que sin embargo, puede ser subsanada (como en el caso en que se omitió realizar la ratificación de una pericia). La prueba ilícita además, a diferencia

de la prueba irregular o defectuosa, acarrea la nulidad de los medios de prueba que se deriven de la fuente de prueba ilegítima o inconstitucional. Aquí la “regla de exclusión” de la prueba ilícita se extiende, a través del llamado “efecto reflejo” sobre las demás pruebas o medios de prueba incorporados a partir de la utilización de la fuente de prueba inconstitucional (teoría del fruto del árbol prohibido). En el caso de la prueba irregular, sin embargo, su ineficacia (por no haberse subsanado la afectación de la norma procesal) no trae consigo la nulidad de los medios de prueba derivados de ella.

En nuestro país, aunque el artículo VIII, numeral 2 del Código Procesal Penal dispone que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, lo cual parece incorporar las teorías del “efecto reflejo” y del “fruto del árbol prohibido”, la Corte Suprema de Justicia, a través del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, del 11 de diciembre de 2004, realizado en Trujillo, recogiendo distintas contribuciones de la doctrina y jurisprudencia comparada sobre el tema, ha establecido algunas excepciones a la “regla de exclusión” contenida en el Código. Estas excepciones son: i) la obtención de buena fe, por error o ignorancia, de la prueba que afecta un derecho fundamental (el caso del policía que ingresa a un domicilio pensando rescatar a una persona y descubre la comisión de un delito en flagrancia); ii) la utilización favorable al imputado de la prueba ilícita;

iii) la valoración de la prueba ilícita para condenar a terceros, no afectados con la violación del derecho fundamental; iv) la valoración de una prueba, cuya apreciación tenga más importancia (el caso de delitos especialmente graves) que la afectación del derecho fundamental en cuestión, luego de aplicado el proceso de ponderación respectivo; v) la valoración de la prueba ilícita para destruir la mentira del imputado, mas no para alcanzar su condena; vi) la valoración de una prueba obtenida con afectación de un derecho fundamental (introducción de cámaras ocultas, escuchas telefónicas, declaraciones obtenidas por infiltrados, etc.), pero en contextos donde el imputado conoce de los riesgos de comunicar información a través de ciertas personas o en determinados ámbitos.

Bibliografía consultada

- **DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo.** *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida.* Civitas, Madrid, 2001.
- **MARTÍN MORALES, Ricardo.** *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones,* Civitas, Madrid, 1994.
- **RUBIO DE MEDINA, María Dolores.** *El despido por utilización personal del correo electrónico,* Bosch, Barcelona, 2003.

DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El artículo 14 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha distinguido entre el derecho a

la tierra y el derecho al territorio. Las tierras, para el Convenio 169, son todos aquellos espacios o extensiones de terreno que los pueblos indígenas tradicionalmente ocupan. Los territorios, por su parte, son extensiones de tierra que no son necesariamente ocupados por los pueblos indígenas o no son ocupados exclusivamente por ellos, pero a las cuales han tenido tradicionalmente acceso para el desarrollo de sus actividades culturales y de subsistencia. Sobre las tierras, el Convenio 169 reconoce el derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas. Sobre los territorios, sin embargo, solo reconoce el derecho a acceder y aprovechar dichos espacios físicos.

El derecho de los pueblos indígenas a sus tierras supone, como ha prescrito el Convenio, algo más que el reconocimiento de los atributos clásicos de la propiedad (de uso, disfrute, disposición y reivindicación), pues exige necesariamente reconocer el valor cultural y espiritual de dichas tierras para los pueblos indígenas, además de su especial posición como medio indispensable para su subsistencia física. Como se ha afirmado con corrección, los pueblos indígenas tienen, de diversas maneras, unida su propia existencia física y cultural, a la tierra en la que se asientan. Dicha relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras, pone en cabeza de ellos, posiciones iusfundamentales reforzadas respecto de sus tierras, así como deberes especiales bajo responsabilidad del Estado. En primer lugar, es deber del Estado delimitar con precisión las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas. En segundo lugar, es deber del Estado reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la

propiedad de esas tierras. Igualmente, es deber del Estado establecer mecanismos especiales, rápidos, sencillos y efectivos, que permitan a los pueblos indígenas reivindicar las tierras que por alguna razón hubieran perdido. Por otro lado, el Estado es responsable de adoptar medidas que impidan la intromisión de personas no autorizadas en las tierras de los pueblos indígenas, así como establecer sanciones para quienes incurran en dicha infracción. Del mismo modo, el Estado debe proteger a los pueblos indígenas de personas extrañas que, aprovechando su desconocimiento de las leyes, pretendan arrogarse la propiedad de sus tierras. Por último, el Estado tiene la obligación de respetar las formas de propiedad colectiva de la tierra y sus mecanismos tradicionales de transmisión; así como consultar, en todo caso, cualquier medida que incida en su capacidad para enajenar sus tierras a terceros.

Por su parte, aun cuando el Convenio 169 solo ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a utilizar y aprovechar los territorios a los que tradicionalmente han tenido acceso, el Convenio también proscribió respecto de estos, como sobre las tierras de los pueblos indígenas, la posibilidad prima facie de un desplazamiento (artículo 16). Esta prohibición parece plenamente justificable si tenemos en cuenta, como ya se dijo, la especial dependencia física y cultural de los pueblos indígenas respecto de sus tierras, y la protección reforzada, por tanto, que pesa sobre ellas. En este punto, el derecho a la tierra y al territorio se aparta del tradicional derecho de propiedad privada, pues como se sabe, sobre esta sí cabe la expropiación, cuando medie causa de seguridad nacional o necesidad pública, previa

indemnización justipreciada. Sin embargo, el despojo de la tierra y de los territorios de los pueblos indígenas solo es posible, como exige el Convenio, cuando medie consentimiento libre y plenamente informado. Además de ello, es necesario que los pueblos indígenas tengan la posibilidad de retornar a sus tierras o, en todo caso, de ser reubicados en unas tierras cuya calidad y estatus jurídico sean por lo menos iguales a las tierras que ocupaban anteriormente. Por último, en el caso de los Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial, la Ley N° 28736 ha dispuesto la creación de reservas territoriales, que protejan las tierras y territorios donde se asientan dichos pueblos, y le ha dado a dichas reservas territoriales el carácter de intangibles.

DERECHO AL TRABAJO

El trabajo como derecho fundamental se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 2, inciso 15 que establece que: “Toda persona tiene derecho: 15. A trabajar libremente con arreglo a ley”, y el artículo 22 que prescribe que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

El derecho fundamental al trabajo implica al menos dos aspectos: el derecho de acceso al empleo y el derecho de permanencia en el empleo.

■ Derecho de acceso al empleo

El derecho de acceso, a su vez, se le puede entender en dos sentidos: individual y colectivo. En el *sentido*

individual supondrá el derecho a un empleo remunerado efectivo. Ello ocurrirá cuando la persona reúne todas las capacidades exigidas y ha superado satisfactoriamente el procedimiento establecido por el empleador para ingresar al puesto de trabajo concreto; por lo que, habiendo sido seleccionado no se le ha de negar arbitrariamente la entrada al trabajo materia de convocatoria.

En el *sentido colectivo*, el derecho de acceso tomará una dimensión prestacional. Aquí la referencia a “acceder” o “ingresar”, no se referirá a que una persona pueda exigir al Estado o al empresario un puesto de trabajo específico, por el solo hecho de la solicitud; sino, que el derecho de acceso se proyectará como una obligación del Estado a implementar y a ejecutar todas las políticas públicas posibles para optimizar las condiciones económicas y sociales del país que viabilicen la creación de mayores puestos de trabajo para que todos, sin distinción alguna, puedan elegir libremente el empleo que satisfaga su necesidades vitales y su vocación personal.

■ Derecho de permanencia en el empleo

El derecho de permanencia en el empleo, en cambio, presupone que, una vez que una persona accede a un puesto de trabajo, este tenga derecho a una estabilidad laboral. La estabilidad en el empleo comprende que el trabajador tenga la seguridad de que no será cesado en el empleo mientras no concurra el desmedro de su aptitud o una conducta disciplinaria grave. Ahora, esta estabilidad en

el puesto de trabajo está ligada a la protección contra despido arbitrario, o sea, a la protección contra la terminación de la relación laboral por decisión injustificada del empleador. En ese sentido, el artículo 27 de la Constitución brinda una cobertura constitucional contra este tipo de actos lesivos al referir que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

El citado artículo 27 delega al legislador ordinario la tarea de regular las formas de “adecuada protección” contra un cese arbitrario. Claro está, como bien ha referido el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01124-2001-PA (fundamento jurídico 12), que esta potestad de libre configuración debe ejercerse con respeto del contenido del derecho y, bajo ningún motivo, significará su sacrificio o vaciamiento, como supondría tal vez un sistema de despido libre o por la sola voluntad del empleador. Y en esta línea, el mecanismo de protección adecuada incorporada por el legislador ha sido el pago de una indemnización tasada como, por ejemplo, se ha regulado en los artículos 34 y 38 del Decreto Supremo N° 003-97-PCM, aplicable al sector de la actividad laboral privada. Así además, también lo permite el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando en su artículo 7 literal d) señala que: “En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Si bien la normativa internacional permite la reparación económica como opción política de protección, nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 01124-2001-PA (fundamento jurídico 12, *in fine*) ha optado también por la readmisión al puesto de trabajo como una fórmula paralela a la indemnización. Esta línea de trabajo del Tribunal Constitucional se ha complementado con el tiempo con la STC Exp. N° 0976-2001-PA donde se exponen los tipos de despido, entre los que se cuentan el despido “incausado”, “fraudulento” y “nulo”, y con la STC Exp. N° 0276-2005-PA donde se fijan los criterios de procedencia del amparo en materia laboral.

Bibliografía consultada

- **QUIÑONES INFANTE, Sergio.** *La libertad del trabajo: Vigencia de un principio y derecho en el Perú.* Palestra, Lima, 2004.
- **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.** “Derechos labores individuales y Tribunal Constitucional”. En: *Los derechos fundamentales.* Juan Manuel Sosa (coordinador), Gaceta Constitucional, Lima, 2010.

DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a la función pública consiste en la facultad de las personas para acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, es decir, en el ejercicio de una función pública. El Tribunal Constitucional peruano ha establecido que “los contenidos de este derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública; b) Ejercerla plenamente; c) Ascender en la función pública; y, d) Condiciones iguales de acceso” (STC

Exp. N° 0025-2005-PI/TC y STC Exp. N° 0026-2005-PI/TC).

En cuanto al *acceso a la función pública*, cabe señalar que el contenido de este derecho no comprende ingresar sin más a ejercer función pública. Al respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha dicho que este derecho “no garantiza una pretensión a ser admitido en una función pública”. Este garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado, requisitos cuya validez está condicionada a su constitucionalidad.

El derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el “principio de mérito”, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la Administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos con relación al acceso a la función pública de las personas.

El *ejercicio de una función pública* está condicionado a los requisitos que el legislador ha establecido. Se trata, como señala el Tribunal Constitucional alemán, de que el acceso a la función pública “puede ser restringido en especial por requisitos subjetivos de admisión, cuyo cumplimiento depende de la capacidad laboral de la persona del aspirante, y por requisitos objetivos de admisión, los cuales, prescindiendo de la capacidad laboral del postulante, aparecen necesarios por razones obligatorias de interés público

(*Gemeinwohl*)”. Tal restricción, empero, habrá de respetar los derechos fundamentales.

Respecto de este derecho, el *concepto de “función pública”* comprende dos tipos de función que se suelen distinguir: la función pública representativa y la función pública no representativa. “La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada” (STC Exp. N° 00025-2007-PI/TC).

Así, el Tribunal Constitucional del Perú ha sostenido que una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente.

Bibliografía consultada

- **PULIDO QUECEDO, Manuel** *El acceso a los cargos y funciones públicas*. Civitas, Madrid, 1992.

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Derecho fundamental consagrado en el artículo 2, inciso 5 de la Constitución, que faculta a toda persona para solicitar y recibir la información que requiera, de cualquier entidad pública, dentro del plazo legal y con el costo que suponga el pedido. Una característica importante de este derecho es que no requiere expresión de causa o justificación de la

razón por la que se solicita la información.

En virtud de este derecho es posible acceder a toda aquella información que genere, produzca, procese o posea cualquier entidad pública. Incluso hace posible acceder a la información que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento, cualquiera que sea su forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material (artículo 61, inciso 1 del Código Procesal Constitucional).

Asimismo, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales (artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM). Sin embargo, este derecho cuenta con algunas excepciones o límites a su ejercicio, los cuales vienen dados por el derecho a la intimidad personal, la seguridad nacional y otros previstos expresamente por ley.

Si bien, por regla general, este derecho fundamental es ejercido frente a entidades estatales, excepcionalmente, también es posible solicitar la información que obre en poder de particulares. Tal es el caso de las personas jurídicas de derecho privado que gestionan servicios públicos o ejercen funciones administrativas del Sector Público bajo cualquier modalidad. Estas personas jurídicas estarán obligadas a informar sobre las

características de los servicios que prestan, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejercen (artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM).

Otro caso de interés es el de los notarios pues, en su calidad de profesionales del derecho autorizados por el Estado para brindar un servicio en el ejercicio de su función pública, comparten la naturaleza de cualquier funcionario público en cuanto a la información que generan en el ejercicio de su función notarial y que se encuentre en los registros que deben llevar conforme a ley (STC Exp. N° 0301-2004-HD/TC).

Finalmente, cabe señalar que se afecta el contenido de este derecho no solo cuando se niega el suministro de la información solicitada, sino también cuando la información que se proporciona es fragmentaria, desactualizada, incompleta, imprecisa, falsa, no oportuna o errada (STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC).

■ Dimensión individual del ~

Este derecho tiene una dimensión individual en el sentido que garantiza que ninguna persona sea arbitrariamente impedida de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas entidades del Estado. Las únicas limitaciones posibles son aquellas que la Constitución ha previsto como legítimas.

Entonces, en ejercicio de este derecho, los individuos (aisladamente considerados) pueden trazar, de manera libre, su proyecto de vida y pueden ejercer plenamente otros

derechos fundamentales, pues el derecho de acceso a la información pública se presenta como un medio o un presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad de opinión, expresión e información (STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC).

■ Dimensión colectiva del ~

Este derecho tiene una dimensión colectiva en el sentido que garantiza el derecho de toda la población a recibir la información necesaria y oportuna que le permita formarse una opinión pública libre e informada, presupuesto de toda sociedad auténticamente democrática. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la información sobre cómo se manejan los órganos estatales constituye un auténtico bien público o colectivo pues, al estar al alcance de cualquier persona, contribuye a la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración Pública; y, además, hace posible el control institucional sobre los representantes de la sociedad (STC Exp. N° 1797-2002-HD/TC).

Por este motivo, cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de la opinión pública, tiene la condición de libertad preferida. Esto implica que las intervenciones legislativas se encuentran sujetas al control jurisdiccional más intenso pues los actos o las normas que incidan en el ejercicio de este derecho van a carecer, en principio, de la presunción de constitucionalidad. Entonces, corresponderá al Estado asumir la

carga de acreditar que existe un apremiante interés público por mantener en reserva o secreto la información solicitada; y que, solo manteniendo tal reserva, será posible servir efectivamente al interés constitucional que la justifica (STC Exp. N° 2579-2003-HD/TC).

■ Excepciones al ejercicio del ~

Se exceptúan del derecho de acceso a la información pública las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o por razones de seguridad nacional. Recogiendo dichos límites, la legislación desarrolla la información que puede ser legítimamente calificada como secreta, reservada y confidencial (Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM).

Se considera información secreta aquella que se relaciona directamente con el concepto de seguridad nacional, que además tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contra-inteligencia.

De otro lado, la información reservada comprende a toda aquella información relacionada con el ámbito del orden interno, que tiene por finalidad prevenir y reprimir la criminalidad en el país. Además de ello, debe tratarse de información que, de

ser revelada, entorpecería el logro de la finalidad mencionada y, en todo caso, originaría un riesgo a la integridad territorial y/o la subsistencia del sistema democrático. Asimismo, constituye información reservada aquella que, por motivos de seguridad nacional y de eficacia de la acción externa del Estado, se considera información clasificada en el ámbito de las relaciones externas del Estado, debiendo, además, concurrir el hecho de que su revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático.

Finalmente, la información confidencial comprende una serie de categorías entre las que se encuentra: la información para la toma de decisiones de gobierno; la información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil; la información vinculada a investigaciones en trámite referidas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública; la información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de entidades de la Administración Pública, cuando su publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un procedimiento administrativo o proceso judicial; la información referida a los datos personales, cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar; y, aquellas materias cuyo acceso esté expresamente

exceptuado por la Constitución o por una ley del Congreso.

Las excepciones aquí señaladas deben ser entendidas como límites al ejercicio del derecho de acceso a la información pública y, en esta medida, deben ser interpretadas de manera restrictiva.

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Ver: Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La Constitución establece la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios desde dos perspectivas: como un principio rector para la actuación del Estado (perspectiva objetiva) y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo (perspectiva subjetiva). En lo primero, el artículo 65 tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios (STC Exp. N° 8-2003-AA/TC). Respecto a lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado

una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor. (STC Exp. N° 0518-2004-AA/TC).

El Tribunal Constitucional ha señalado (STC Exp. N° 3315-2004-AA/TC) que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, tales como:

- a) *Principio pro consumidor*: El Estado tutela a los consumidores o usuarios en razón de las objetivas desventajas y asimetrías fácticas que surgen en sus relaciones jurídicas con los proveedores de productos y servicios. En proyección de este principio en caso de duda insalvable, debe interpretarse en sentido más favorable al consumidor.
- b) *Principio de proscripción del abuso del derecho*: El Estado debe combatir toda forma de actividad comercial derivada de prácticas y modalidades contractuales perversas que afectan el legítimo interés de los consumidores y usuarios.
- c) *Principio de isonomía real*: Plantea que todas las relaciones comerciales entre los proveedores y los consumidores y usuarios se establezca en función de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales.
- d) *Principio restitutio in integrum*: Plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial.
- e) *Principio de transparencia*: Este implica que los proveedores generen una plena accesibilidad de información a los consumidores y usuarios, acerca de los productos y servicios que les ofertan.
- f) *Principio de veracidad*: El Estado debe asegurar la autoridad y realidad absoluta de la información que el proveedor trasmite a los consumidores y usuarios en relación con las calidades, propiedades o características de los productos y servicios que las ofertan.
- g) *Principio in dubio pro consumidor*: Los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado deben realizar una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de estas. En puridad, alude a una proyección del principio pro consumidor.
- h) *Principio pro asociativo*: Dicho postulado o proposición plantea que se facilite la creación y actuación de asociaciones de consumidores o usuarios, a efectos de que estos puedan defender corporativamente sus intereses.

En función de la proyección normativa de los principios anteriormente señalados, se ha sostenido que el Estado mantiene con los consumidores o usuarios las siguientes obligaciones genéricas; a saber:

- Garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles (STC Exp. N° 1776-2004-AA/TC y STC Exp. N° 7281-2006-AA/TC).

- Vela por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidoras o usuarias (STC Exp. N° 7339-2006-AA/TC).
- Debido a que el derecho a la información, salud y seguridad no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución, se reconoce la presencia de otros derechos a favor de consumidores y usuarios. En la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *númerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de “nuevos” derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada. Bajo tal premisa, el propio Estado, a través de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, no solo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65 de la Constitución.

Bibliografía consultada

- **SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo.** “Defensa del consumidor y Derecho Constitucional económico”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 4, N° 10, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, enero-abril de 1984.

DERECHO DE PETICIÓN

El derecho de petición es una facultad constitucional reconocida en el artículo 2, inciso 20 de la Constitución peruana vigente.

Como se prevé expresamente en el artículo constitucional, esta atribución se ejerce tanto de manera individual como colectiva, sin encontrarse vinculada a que exista o no un derecho subjetivo o un interés legítimo que origine el pedido.

Se ejerce frente a la autoridad pública competente, por lo que le genera a esta la obligación de acusar recibo y dar respuesta a la solicitud (no necesariamente en sentido favorable), dentro del plazo legal. Según el tenor expreso de la Constitución, y esto por opción del constituyente, tanto el pedido como la respuesta se formulan por medio escrito.

El Tribunal Constitucional peruano (STC Exp. N° 1042-2002-AA/TC) ha delimitado el contenido de este derecho desde cinco ámbitos de su operatividad: la petición graciosa, la petición subjetiva, la petición cívica, la petición consultiva y la petición informativa.

Además, a manera de síntesis, el supremo intérprete de la Constitución establece que el derecho de petición implica un conjunto de obligaciones o mandatos, entre los que destacan:

- a) Facilitar los medios para que el ciudadano pueda ejercitar el derecho de petición sin trabas absurdas o innecesarias.
- b) Abstenerse de cualquier forma o modo de sanción al peticionante, por

el solo hecho de haber ejercido dicho derecho.

- c) Admitir y tramitar el petitorio.
- d) Resolver en el plazo señalado por la ley de la materia la petición planteada, ofreciendo la correspondiente fundamentación de la determinación.
- e) Comunicar al peticionante la decisión adoptada.

Finalmente, el artículo constitucional que reconoce este derecho establece una limitación para los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, quienes solo pueden ejercer el derecho de petición individualmente, y no de manera colectiva.

DERECHO DE PROPIEDAD

Ver: Derecho a la propiedad.

DERECHO DE RECTIFICACIÓN

Ver: Derecho al honor y la buena reputación.

DERECHO DE RESISTENCIA

Las reflexiones en torno a la resistencia al Derecho tienen una larga historia en el Derecho Constitucional. Es importante destacar que durante las sucesivas confrontaciones entre católicos y protestantes reformistas se generó por la tensión existente entre los deberes religiosos y la tensión con los deberes de obediencia

al poder político. Posteriormente, con la Revolución norteamericana, el derecho a la resistencia se consolidó aún más, combinando razones procesales y sustantivas. Así, Thomas Jefferson definió una detallada lista de agravios que convirtieron la actuación del gobierno británico en un irreparable agravio que justificaba el derecho a la resistencia a la autoridad.

Según Gargarella, la resistencia a la autoridad apareció conjuntamente con el carácter inalienable de ciertos derechos básicos; la idea de que la autoridad era legítima en la medida en que descansaba sobre el consenso de los gobernados; y aquella que decía que el primer deber de todo gobierno era el de proteger los derechos inalienables de las personas.

Sin embargo, en la actualidad el derecho de resistencia no guarda el mismo vigor. Así, según Gargarella, la actual dispersión del poder dificulta la visibilidad de la opresión, y por ende, el identificar quién es realmente el responsable; asimismo, el actual sistema jurídico incluye diversas herramientas destinadas a promover cambios políticos de modo pacífico. En virtud de ello, hoy en día la objeción de conciencia y la desobediencia civil son los medios más extremos para desafiar al Derecho.

Bibliografía consultada

- **GARGARELLA, Roberto.** "La última carta. El derecho de resistencia en situaciones de alienación legal". Paper del SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale Law of School, 2004. En: < http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=yls_sela>.

DERECHO DE REUNIÓN

Ver: Derecho a la libertad de reunión.

DERECHO DE SUFRAGIO

El derecho de sufragio es un derecho de trascendental importancia para la consolidación de la democracia y el pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía. Este carácter tan relevante conlleva incluso a que toda una rama del Derecho, el Derecho Electoral, se estructure en función de él, tanto en sus vertientes estática (titularidad y ejercicio) como dinámica (fines y resultados) y que, al interior de los distintos Estados, se genere toda una estructura institucional (independiente o adscrita a algún poder del Estado) para permitir su cobertura.

Ello guarda relación con las funciones de este derecho en los Estados: a) genera el procedimiento para que se viabilice la representación política (que requiere la existencia de votaciones democráticas); b) permite ubicar representantes en los distintos cargos de representación popular; c) produce una limitación temporal en los periodos, que permite la alternancia de los representantes en el gobierno y en los parlamentos (o instancias equiparables en los ámbitos locales); d) otorga legitimidad a los representantes u opciones elegidas porque su poder (o soberanía) emana del pueblo (fórmula última empleada en la mayor parte de países latinoamericanos y, en el caso peruano, plasmada en el artículo 3 de la Constitución al aludir a los “principios de soberanía del pueblo” como uno de los posibles criterios para derivar derechos fundamentales que no cuente con reconocimiento expreso en la Constitución).

Este derecho presenta dos dimensiones que permiten comprender sus alcances: dimensión activa y dimensión pasiva.

■ ~ activo

El sufragio activo se entiende como el derecho de emitir el voto para elegir representantes (estableciendo la relación entre sufragio y representación política), y también de optar entre materias en consulta (como formas de democracia participativa, como se da con el referéndum o la revocatoria).

Sin embargo, para entender este sufragio realmente como democrático no basta con la emisión del voto, sino que este debe presentar determinados caracteres que garanticen que los resultados reflejen realmente aquella opción o autoridad que la ciudadanía mayoritariamente estima como la más adecuada según lo reflejado al marcar la cédula de sufragio.

Por ello, se ha determinado que uno de los principios generales y comunes para la configuración del Derecho Electoral en un Estado democrático es que este voto sea universal, libre, igual, secreto y directo.

a) El sufragio es universal cuando todos los ciudadanos, sin distinción por raza, sexo, religión, condición personal o social o motivo de cualquier otra índole, pueden emitir su voto. Al respecto, no debe olvidarse que aun cuando este planteamiento hoy parezca evidente, en la evolución de este derecho, se presentaron modalidades de voto limitadas a personas de determinada raza, género o

capacidad económica (rechazando el voto de las personas con razas estimadas como inferiores, negando el derecho a las mujeres o exigiendo el pago de determinada cantidad de impuestos o la tenencia de ciertos bienes para habilitarlo).

b) El sufragio es libre en la medida en que expresa la voluntad real del elector.

c) El sufragio es igual porque los votos de los ciudadanos tienen el mismo valor, sin distinguir por cualidades personales de quienes lo emiten.

d) El sufragio es secreto debido a que se mantiene en reserva el sentido que cada ciudadano refleja en la cédula de sufragio o mecanismo empleado para emitir su voto.

e) El sufragio es directo en la medida en que los ciudadanos lo ejercen sin mediar representantes o delegados, sino que acuden ellos mismos, de manera personal, a emitir su voto.

Desde esta dimensión activa del derecho de sufragio, puede optarse por un modelo de voto obligatorio o facultativo. El voto obligatorio es aquel por el cual el derecho de sufragio se configura también como un deber, por lo que no acudir a emitir el voto acarrea consecuencias jurídicas de distinto tipo (prioritariamente económicas, aunque, en la práctica, también imposibilita efectuar algunos actos, como el cobro de cheques o determinados trámites administrativos o judiciales). Por su parte, el voto facultativo implica que existe la libre decisión del ciudadano de acudir o no a ejercer su

derecho de sufragio el día del acto electoral y que incluso de no acudir no tendrá ninguna consecuencia jurídica que desfavorezca o dificulte el ejercicio de otros derechos o que le genere cargas o sanciones.

En el Perú, al igual que en la mayoría de países latinoamericanos, pese a los cuestionamientos que se han formulado sobre la contradicción que encierra que un derecho no sea de libre ejercicio, el sufragio es entendido como derecho-deber y, por ello, como obligatorio. En ese sentido, de conformidad con el artículo 31 de la Constitución, se encuentran obligados a votar los ciudadanos (esto es, una vez adquirida la mayoría de edad, desde los dieciocho años), y solo se le atribuye a este derecho carácter facultativo después de los setenta años.

Requisitos positivos para el ejercicio del ~ activo

Los requisitos positivos hacen referencia a aquellas condiciones que debe ostentar una persona para que pueda, legítimamente ejercer el derecho de sufragio. En esa línea, de una revisión de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, pueden citarse los siguientes: (a) ciudadanía; (b) edad; (c) nacionalidad; (d) inscripción en el registro, y, en algunos casos; (e) otras condiciones como "un modo honesto de vivir" (artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En esa línea, en el Perú, el artículo 30 de la Constitución establece como primer requisito positivo para votar

a la ciudadanía, que además tiene relación con la edad, pues la condición de ciudadano se adquiere con la mayoría de edad (18 años).

Respecto de la nacionalidad, el artículo 7 de la Ley de Elecciones Municipales establece la posibilidad de que los extranjeros puedan emitir su voto en las elecciones municipales (con la excepción de los municipios de frontera), si son mayores de 18 años, han residido por dos años continuos y previos a la elección en la circunscripción por cuyas autoridades municipales desean emitir su voto, y se encuentran inscritos en el registro correspondiente (Registro Electoral de Extranjeros Residentes en el Perú). Dicha disposición, aunque poco usada por los ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país, fue reglamentada para el proceso de Elecciones Regionales y Municipales 2006 mediante la Resolución N° 1155-2006-JNE, que fue aplicable también para el proceso de Elecciones Regionales y Municipales 2010.

Otro requisito positivo que también se exige para sufragar es el inscribirse en el registro (Registro Único de Identificación de las Personas Naturales), el cual se encuentra a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y sirve, para cada proceso electoral, como insumo para la elaboración del Padrón Electoral, listado en que se consignan todos los ciudadanos que pueden acudir el día del acto electoral a emitir su derecho al voto.

Requisitos negativos para el ejercicio del ~ activo

Ahora bien, para el ejercicio de este derecho no basta con cumplir con los requisitos positivos, sino que adicionalmente el ciudadano no se debe encontrar incurso en algunos de los requisitos negativos que constituyen impedimentos que, de encontrarse presentes, conllevan a la limitación válida del ejercicio del mencionado derecho.

Entre ellos, desde la regulación en los países de Latinoamérica, se ha constatado como posibles impedimentos: (i) la incapacidad civil judicialmente declarada; (ii) los condenados con pena accesoria de interdicción de derechos de ciudadanía; (iii) los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas; (iv) los condenados a pena privativa de libertad mientras dure su cumplimiento; (v) los procesados o privados de libertad por mandato judicial; (vi) los declarados rebeldes o reos contumaces; (vii) quienes hubieran incurrido en determinadas infracciones electorales; (viii) los sancionados por el Tribunal Constitucional de su país por estar afiliados a un partido declarado inconstitucional; (ix) los integrantes de organizaciones sociales o políticas que utilicen o propaguen la violencia; y (x) quienes incurran en desviaciones en su comportamiento (como la "conducta notoriamente viciada" del artículo 75 de la Constitución de El Salvador, o la "vagancia o ebriedad consuetudinaria en los términos que prevean las leyes" o la "falta de cumplimiento de

los deberes cívicos” en el artículo 38 de la Constitución de México).

En el Perú, el artículo 33 de la Constitución, en concordancia con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Elecciones, constituyen causales de restricción al ejercicio al derecho de ciudadanía, aplicadas de manera autónoma e independiente, las siguientes causales: (a) resolución judicial de interdicción; (b) sentencia con pena privativa de libertad (que debe entenderse como firme y vigente); (c) sentencia con inhabilitación de derechos políticos; o (d) inhabilitación para el ejercicio de la función pública como consecuencia de la aplicación del artículo 100 de la Constitución.

De lo expuesto se desprende que no existe restricción alguna para que quienes se encuentran fuera del territorio nacional puedan también emitir su voto. Por ello, la Ley Orgánica de Elecciones (artículos 224 a 248) desarrolla el sufragio de los “peruanos residentes en el extranjero”, quienes emiten su voto en las Elecciones de Presidente y Vicepresidentes de la República, Congreso de la República, Parlamento Andino, así como de referéndum nacional. En el caso de la elección para el Congreso, eligen, conjuntamente con los residentes en Lima Metropolitana, a los representantes del distrito electoral “Lima y Peruanos Residentes en el Extranjero” que obtuvieron 36 escaños en las Elecciones Generales 2011 (artículo 21 de la Ley Orgánica de Elecciones). Sin embargo, se han formulado planteamientos para la creación de un distrito electoral autónomo, con

escaños asignados de manera especial.

Tampoco se restringe, pese a no haberse implementado a la fecha, el voto de los ciudadanos que se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario, pero sin incurrir en alguno de los impedimentos válidos para restringir el sufragio activo (artículo 33 de la Constitución, en concordancia con el 10 de la Ley Orgánica de Elecciones).

■ ~ pasivo

El sufragio pasivo es el derecho a ser elegible y participar como candidato en las elecciones para cargos públicos, el cual, se canaliza a través de las organizaciones políticas. En el caso peruano, en esa línea va lo dispuesto por el artículo 35 de la Constitución, aunque no queda del todo clara dicha exigencia del constituyente, que es más bien precisada por la Ley de Partidos Políticos. Se exceptúa de la exigencia de participación mediante organizaciones políticas a dos tipos de elección que, por su naturaleza, permiten la participación con carácter individual, como son las elecciones de jueces de paz y de integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura.

Al igual que en el caso del sufragio activo, se pueden identificar algunos requisitos positivos que se exigen, en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos: (a) tener condición de elector (esto es, cumplir con todos los requisitos positivos que exige el sufragio activo y no incurrir en los negativos, que se desarrollarán

inmediatamente); (b) nacionalidad (de nacimiento o por opción); (c) edad requerida para el ejercicio del cargo del cual se trate; (d) vínculo con el distrito electoral; (e) grado de instrucción determinado (que genera críticas ante su potencial incompatibilidad con la igualdad en el acceso a cargos públicos); (f) poseer determinados medios económicos (que se critica por su posible contraposición con el carácter universal del derecho de sufragio); (g) determinadas calidades morales (“moralidad notoria” en El Salvador como requisito para ser candidato a presidente, vicepresidente y diputado, conforme señalan los artículos 126, 151 y 153 de su Constitución).

En el caso peruano, se recoge lo referido a las exigencias de elector, precisiones respecto de la nacionalidad (según el tipo de cargo del cual se trate), el vínculo con el distrito electoral, mediante domicilio o residencia en las circunscripciones menores a la nacional (ámbito regional y

municipal) y se descartan los demás requisitos incluidos en la regulación de otros países de Latinoamérica.

Solo a modo de ilustración del caso peruano, reproducimos el siguiente cuadro con los requisitos para acceder a los principales cargos de representación popular (ver cuadro N° 1).

Requisitos negativos para el ~ pasivo

Al analizar los requisitos negativos o impedimentos para ser candidato (derecho de sufragio pasivo) que existen en América Latina, es posible identificar los siguientes: (a) condena a penas privativas de libertad; (b) ejerce determinados altos cargos del Estado; (c) desempeñar funciones jurisdiccionales (jueces y magistrados); (d) los integrantes de los organismos electorales; (e) titulares de órganos de control financiero y, en general, de control de las administraciones públicas (tanto supervisores de la

CUADRO N° 1				
Cargo / Requisito	Presidente Vicepresidentes de la República	Congreso de la República Parlamento Andino	Gobierno Regional	Gobierno Local
Nacionalidad ciudadanía	Peruano de nacimiento	Peruano de nacimiento	Nacionalidad peruana En circunscripciones de frontera, peruano de nacimiento	Ciudadano en ejercicio
Edad	Mayor de treinta y cinco (35) años	Mayor de veinticinco (25) años	Mayor de edad Presidente y Vicepresidente Regional: Mayor de veinticinco (25) años	
Relación con el distrito electoral	No exigido	No exigido	Residencia efectiva por tres (3) años	Domicilio por dos (2) años

CUADRO N° 2			
Presidente y Vicepresidentes de la República	Congresistas de la República Representantes al Parlamento Andino	Autoridades regionales	Autoridades municipales
LOE 107	Constitución 91 LOE 113	Constitución 191 LER 14, 14.2 y 14.3	Constitución 194 LEM 8, 8.2
Anticipación no menor de seis (6) meses respecto de la fecha de la elección.	Anticipación no menor de seis (6) meses antes de la elección.	Anticipación de 180 días antes de la fecha de las elecciones.	Anticipación de 60 días antes de la fecha de las elecciones.
Ministros y viceministros de Estado Contralor General de la República Presidente Regional Alcalde Miembros del Tribunal Constitucional Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura Miembros del Poder Judicial Miembros del Ministerio Público Defensor del Pueblo Presidente del Banco Central de Reserva Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones Superintendente Nacional de Administración Tributaria Miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que hayan pasado a situación de retiro	Ministros y viceministros de Estado Contralor General de la República Presidente Regional. Alcalde Miembros del Tribunal Constitucional Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura Miembros del Poder Judicial Miembros del Ministerio Público Miembros de los organismos integrantes del Sistema Electoral Defensor del Pueblo Presidente del Banco Central de Reserva Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones Superintendente Nacional de Administración Tributaria Miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que hayan pasado a situación de retiro	Alcalde (para Presidente Regional) Ministros y viceministros de Estado Magistrados del Poder Judicial Miembros del Ministerio Público Magistrados del Tribunal Constitucional Contralor General de la República Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura Miembros del JNE Jefe de la ONPE Jefe del Reniec Defensor del Pueblo Presidente del Banco Central de Reserva Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones Superintendente Nacional de Administración Tributaria Titulares y miembros directivos de los organismos públicos y directores de empresas del Estado	Presidente Regional (si postula a alcalde) Ministros y viceministros de Estado Contralor General de la República Defensor del Pueblo Miembros del Poder Judicial Miembros del Ministerio Público Miembros del Tribunal Constitucional Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura Miembros de los organismos electorales Directores regionales sectoriales Jefes de los organismo públicos descentralizados Directores de las empresas del Estado Miembros de las Comisiones Ad-Hoc o especiales de alto nivel nombrados por el Poder Ejecutivo

regularidad contable como protectores de los derechos de los ciudadanos); (f) titulares de cargos directivos de empresas públicas o de empresas privadas concesionarias de servicios públicos, contratistas con el Estado o beneficiarias de subvenciones públicas; (g) determinados grados de parentesco con quienes desempeñan los cargos (aunque la razonabilidad de la imposición de este último requisito negativo se cuestiona).

En el caso peruano, se mantienen los mismos impedimentos (o requisitos negativos) que para el sufragio activo. Adicionalmente, el artículo 34 de la Constitución establece que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional no pueden ser elegidos; participar en actividades partidarias o manifestaciones, ni realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro (pese a que sí pueden emitir su voto, en ejercicio del sufragio activo).

En relación con los cargos cuyo ejercicio impide ser candidato, en el Perú más que impedimentos absolutos se obliga a determinados funcionarios a renunciar con una anticipación de 6 meses (o 180 días), para que puedan ser candidatos en los diferentes tipos de elección, conforme se detalla en el cuadro N° 2.

Finalmente, en relación con el tema del parentesco, el artículo 107 de la Ley Orgánica de Elecciones establece que no pueden postular a la Presidencia y Vicepresidencias de la República el cónyuge y los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y los afines dentro del segundo grado del que ejerce la Presidencia o

la ha ejercido en el año precedente a la elección.

Bibliografía consultada

- **ARAGÓN REYES, Manuel.** "Derecho de Sufragio: Principio y función" y "Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo". En: NOHLEN, Dieter y otros. *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México, Fondo de Cultura Económica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007.
- **ARNALDO ALCUBILLA, Enrique.** "Sufragio". En: *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Asesoría y Promoción Electoral (<http://www.iidh.ed.cr/capel/index.htm>).
- **PANIAGUA CORAZAO, Valentín.** "El derecho de sufragio en el Perú". En: *Elecciones*, Año 2, N° 61. Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, 2003.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Derecho Internacional Humanitario (DIH) es también conocido como "Derecho de Guerra" o "Derecho de los Conflictos armados, tiene por objetivo la limitación de los efectos de los conflictos armados. Para lograr este propósito, el DIH protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra.

El DIH se encuentra esencialmente contenido en los llamados "Derecho de Ginebra" y "Derecho de la Haya". El

primero comprende la protección de las víctimas de conflictos armados, y esencialmente se encuentra regulado en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Estos Convenios se completaron con otros dos tratados: los Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados.

En cuanto al “Derecho de la Haya”, se encuentra esencialmente referido a la regulación de los métodos y medios de combate, la protección de ciertas categorías de personas y de bienes. Son principalmente:

- La Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos;
- La Convención de 1972 sobre Armas Bacteriológicas;
- La Convención de 1980 sobre Ciertas Armas Convencionales y sus cinco Protocolos;
- La Convención de 1993 sobre Armas Químicas;
- El Tratado de Ottawa de 1997 sobre las Minas Antipersonal;
- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

En el caso de conflictos armados internos los instrumentos jurídicos aplicables estarán constituidos por el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra y El Protocolo II adicional de dichos Convenios. Cabe resaltar que el Perú ha ratificado estos instrumentos centrales mediante las resoluciones legislativas N°s 12412 (1956) y 25029 (1989).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el caso Rivera Lazo, se reconoció la aplicación directa de las normas del Derecho Internacional Humanitario, sin la necesidad de validación alguna, así se señaló que: “[c]abe precisar que la aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requieren validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad” (f. j. 21).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional tendría una nueva ocasión para pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la Ley N° 29166, que aprobó normas complementarias a la Ley N° 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. El Tribunal Constitucional determinó que la referida norma legal confundía instituciones propias del Derecho Internacional Humanitario relativo a la conducción de hostilidades con el uso de la fuerza en situaciones de disturbio o tensiones internas, en la cual corresponde la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (STC Exp. N° 00002-2008-PI/TC).

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Se trata de una disciplina jurídica cuyo objeto de estudio está integrado, fundamentalmente, por los procesos constitucionales y los órganos encargados de resolverlos (la magistratura constitucional). Sin embargo, es importante tener en cuenta que no se trata de una denominación universal pues, en Europa, el estudio del control de constitucionalidad de

las normas y de los órganos encargados de llevarlo a cabo ha recibido distintas denominaciones, siendo las más frecuentes “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”.

La ubicación de esta disciplina en el mundo jurídico ha suscitado un interesante debate a nivel de la doctrina pues existen hasta tres posturas al respecto:

■ ~ como Derecho

Constitucional concretizado

El principal exponente de esta postura es el connotado profesor alemán Peter Häberle, quien considera que el Derecho Procesal Constitucional es una concretización de la Constitución y, al mismo tiempo, sirve al Tribunal Constitucional para concretizar la Ley Fundamental. Ello implica tomar cierta distancia de las normas procesales; sin embargo, dicho distanciamiento no constituye ni un dogma ni un fin en sí mismo, motivo por el cual no se excluye la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se remita a los principios generales del Derecho Procesal, del cual puede recibir cautelosos préstamos, siempre que se resguarden los fundamentos jurídicos específicos de la Constitución y de la Ley del Tribunal Constitucional.

■ ~ como disciplina procesal

Su principal exponente es el destacado profesor mexicano Héctor Fix-Zamudio, para quien el Derecho Procesal Constitucional es una disciplina procesal independiente del derecho

sustantivo o material, es decir, del Derecho Constitucional. En tal sentido, considera que el punto de partida más adecuado para efectuar un análisis sistemático de los órganos y de las normas procesales que deciden controversias de carácter constitucional debe cimentarse en la disciplina genérica conocida con el nombre de Teoría General del Proceso, que es una creación del denominado procesalismo científico que surgió en Alemania e Italia en la segunda mitad del siglo XIX y que, a grandes rasgos, busca sistematizar los conceptos, principios e instituciones comunes a todas las ramas del Derecho Procesal.

■ ~ como disciplina mixta

Esta es la posición asumida por el destacado profesor argentino Néstor Pedro Sagüés quien considera que el Derecho Procesal Constitucional es una rama mixta del Derecho, por ser procesal y constitucional a la vez. Es procesal porque estudia las disposiciones jurídicas procesales que tienen por finalidad garantizar la supremacía de la Constitución; sin embargo, en ocasiones, determinadas materias del Derecho Procesal Constitucional son incluidas en el texto constitucional, como ocurre con algunas reglas relativas a los procesos de inconstitucionalidad, amparo o hábeas corpus, en cuyo caso, dichas reglas pasan a formar parte del Derecho Constitucional. Por este motivo, el citado autor advierte que esta disciplina requiere del aporte conjunto tanto de constitucionalistas como de procesalistas.

Bibliografía consultada

- **FIX-ZAMUDIO, Héctor.** *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002.
- **HÄBERLE, Peter.** *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*. Palestra Editores-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004.
- **SAGÜÉS, Néstor Pedro.** *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I, cuarta edición, Buenos Aires, Astrea de A. y R. de Palma, 2002-2007.

DERECHOS COLECTIVOS

Se entiende por “derechos colectivos” a todos aquellos que tienen como característica principal ser titularizados por un grupo (determinado o determinable) de personas, en contraste con los clásicos derechos subjetivos de corte liberal, cuya titularidad corresponde a las personas individualmente consideradas.

El surgimiento de estos “nuevos” derechos ha tenido lugar como consecuencia de las nuevas formas de vida auspiciadas por la globalización y los cambios tecnológicos a ella relacionados: como señalara Cappeletti, la complejidad de la sociedad moderna, con el complicado desarrollo de las relaciones económicas, ha dado lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades causan perjuicios a los intereses de un gran número de personas, los que hacen surgir problemas ignorados por el litigio meramente individual. Así por ejemplo, los daños medio ambientales generados por las empresas transnacionales o la afectación colectiva de derechos ocasionada por productos de fabricación

masiva, ha puesto de relieve la necesidad de acudir a nuevas categorías sustantivas que permitan apreciar y reparar estos distintos tipos de afectación a las personas. De hecho, la doctrina más autorizada en la materia (particularmente, la brasileña), ha sabido diferenciar tres tipos de derechos colectivos, a saber: a) derechos difusos; b) derechos colectivos, propiamente dichos; y c) derechos individuales homogéneos. Sobre ellos, se ha teorizado bastante en un documento doctrinario elaborado a nivel regional, como es el Código Modelo de Procesos Colectivos, aprobado en octubre de 2004 por la asamblea general del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

En realidad, la conceptualización de los derechos colectivos como atributos pertenecientes a una comunidad de personas, tiene implicancias prácticas en el ámbito procesal, notoriamente en el asunto de la legitimación (tanto activa como pasiva), cuyo estudio en la teoría procesal contemporánea (y desde luego, también constitucional) es aún un lugar poco explorado. De ahí que algunos teóricos hayan resaltado la necesidad de redimensionar los perfiles del proceso de amparo para adecuarlo a la tutela de esta clase de derechos (en instituciones claves como la prueba, la eficacia de la sentencia colectiva, la representación procesal, etc.), con mayor razón si tenemos en cuenta que la defensa de esta clase de intereses tiene por virtud favorecer la solidaridad e integridad sociales, consolidar el espíritu asociativo y promover el debate sobre las políticas públicas.

■ Derechos individuales y ~

El marco conceptual subyacente a la noción de “derechos colectivos”

refleja una contraposición de corte filosófico entre las corrientes comunitaristas y liberales en torno a los derechos humanos, en general. Así, mientras los liberales denuncian que la idea de “derechos colectivos” conlleva otorgar un mayor valor a los grupos o comunidades sobre los individuos; los comunitaristas critican, en cambio, que las categorías propias del Derecho occidental no satisfagan la comprensión y tutela de estos grupos humanos culturalmente diferenciados. Pese a la controversia, para algunas autores como Kymlich resulta claro que muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son consistentes con los principios liberales de libertad e igualdad. Ello pasa, a su criterio, por dejar de lado el “lenguaje de los derechos colectivos”, para asumir en su lugar la noción de “derechos diferenciados en función del grupo”. Su tesis podría resumirse en los siguientes términos: muchas formas de ciudadanía diferenciada en función del grupo son, de hecho, ejercidas por los individuos (por ejemplo, los derechos lingüísticos de una comunidad), pero son otorgados en virtud de la pertenencia cultural. Así, lo que importa no es si el derecho es “colectivo” (como algo opuesto al individuo), sino que es un derecho diferenciado en función del grupo.

■ Derechos difusos

Los derechos “difusos” hacen alusión a aquellos derechos que pertenecen a un grupo indeterminado de personas. De este modo, no existe un titular concreto real y efectivo, sino varios que tienen algo así como

“cuotas indeterminadas” del interés que persiguen. Un ejemplo clásico de este derecho o interés es el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, el cual tiene naturaleza indivisible, por lo que su vulneración involucra a todas las personas, y no solo a los directamente afectados.

■ Derechos colectivos en sentido estricto

Los derechos colectivos en sentido estricto son aquellos que pertenecen a un grupo determinado de personas, las cuales se encuentran vinculadas entre sí por una relación jurídica, o que las vinculan con la parte contraria. Son casos específicos de esta clase de derechos, entre otros, los que ejercen los sindicatos (huelga, negociación colectiva, etc.), los derechos de participación política (concretamente, los que ejercen los partidos políticos de modo institucional), los derechos colectivos de las comunidades nativas e indígenas (a su identidad cultural grupal, por caso), etc.

■ Derechos individuales homogéneos

Finalmente, se entiende por “derechos” o “intereses” individuales homogéneos a aquellos que, pese a tener un carácter individual, se presentan como de origen común en una determinada controversia. Ese origen común recomienda (o mejor, exige) que un derecho que realmente es de titularidad individual (y por ello, teóricamente divisible), sea en cambio tratado como si fuera colectivo, a fin de lograr una mejor reparación del daño ocasionado.

Este es, por lo común, el caso de los derechos de los consumidores y usuarios, que si bien tienen una titularidad individual, su afectación suele involucrar a un grupo “homogéneo” de personas, lo que aconseja su tratamiento colectivo en un solo proceso.

Bibliografía consultada

- **CAPPELETTI, Mauro.** “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 31-32, enero-agosto de 1978.
- **CRUZ PARCERO, Juan Antonio.** “Sobre el concepto de derechos colectivos”. En: *Revista Internacional de Filosofía Política*. N° 12, 1998.
- **GIDI, Antonio.** “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. En: *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), Porrúa, México, 2003.
- **KYMLICKA, Will.** “Derechos individuales y derechos colectivos”. En: *Los derechos colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*. María Paz Ávila y María Belén Corredores (editoras), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

DERECHOS DIFUSOS

Ver: Derechos colectivos.

DERECHOS FUNDAMENTALES

■ Concepto de ~

La noción de derechos fundamentales sin duda es una de las más


importantes y a la vez complejas del constitucionalismo contemporáneo. Alude a los derechos más importantes reconocidos en un ordenamiento jurídico.

Ya que se tratan de los derechos más relevantes, suelen estar establecidos en las constituciones nacionales. Ahora bien, contra lo que podría parecer inicialmente, los derechos contenidos en una Constitución siempre son considerados todos ellos como fundamentales; por ejemplo, algunos Estados (como España o Alemania) establecen de manera explícita en sus cartas fundamentales que de todos los derechos reconocidos en su seno, solo algunos son fundamentales y, por ende, básicamente ellos serán los protegidos a través de la tutela de amparo.

En el caso peruano, la Constitución no establece diferencias expresas entre derechos constitucionales y fundamentales. Si bien el Capítulo I del Título I de la Carta se denomina “Derechos fundamentales de la persona”, la jurisprudencia y la doctrina generalmente equiparan ambas nociones, considerando igualmente importantes y amparables todos los derechos reconocidos en la Norma Fundamental, independientemente de donde se encuentren. Es más, no solo los derechos expresamente reconocidos son considerados fundamentales, sino también los llamados “derechos no enumerados” o “implícitos” (conforme al artículo 3 de la Constitución) así como los consagrados en los tratados sobre derechos humanos vinculantes para el Perú (conforme al artículo 55 y la IV Disposición final y transitoria de la Carta).

Señalado esto, es menester mencionar que la doctrina suele realizar diversas distinciones terminológicas entre la noción “derechos fundamentales” como algunas otras, como es el caso de los “derechos humanos”, las “libertades públicas”, los “derechos públicos subjetivos”, los “derechos naturales” y los “derechos morales”. Al respecto, suele explicarse que, frente a los otros términos, la singularidad de los derechos fundamentales es que son derechos positivizados en el máximo nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales (constituciones) y que se encuentran vinculados intrínsecamente con la dignidad humana; por ello, se afirma generalmente que su titularidad recae en todo ser humano por el solo hecho de serlo.

Ahora bien, desde una perspectiva dogmática la doctrina propone distintos conceptos de derechos fundamentales. Entre los principales, podemos destacar aquella que considera que los derechos fundamentales son aquellos reconocidos como tales por los ordenamientos jurídicos concretos, destacando sus estructuras antes que sus contenidos y cargas ideológicas o morales (Alexy); la que considera que se tratan de derechos morales que constituyen límites frente a las mayorías (Dworkin); o la que considera que se tratan de los derechos subjetivos garantizados por el Derecho para todos las personas, ciudadanos o sujetos con capacidad de obrar, y que son indisponibles e inalienables (Ferrajoli).

 **Voces relacionadas:** derechos humanos, contenido esencial, derechos no enumerados.

Bibliografía consultada

- **PECES BARBA, Gregorio.** *Curso de derechos fundamentales. Teoría general.* Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1999.
- **PÉREZ LUÑO, Antonio E.** *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Tecnos, Madrid, 1999.

■ Concepciones

Independientemente de lo señalado por cada ordenamiento jurídico, al discutirse qué es lo que hace de un derecho uno “fundamental” suele considerarse generalmente tres criterios o argumentos. Así tenemos, justificaciones que consideran a los derechos fundamentales como una noción de raigambre principalmente moral o ética; los que sostienen que simplemente se trata de aquellos que el ordenamiento constitucional ha reconocido como tales; y los que consideran que básicamente se tratan de construcciones sociales o históricas.

No obstante ello, las corrientes más difundidas en nuestro medio utilizan dos o tres de los mencionados criterios para sustentar los derechos fundamentales, que son conocidas en doctrina como concepciones dualistas o trialistas, respectivamente, sobre los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestro medio suele aceptarse que los derechos fundamentales encarnan aspiraciones morales prejurídicas; valen como auténticas normas al estar reconocidas en el ordenamiento jurídico positivo (constitucional o internacional); y deben entenderse a la luz de su historicidad como demandas sociales (teniendo en cuenta los

factores sociales, económicos, culturales, etc.).

A pesar de ser la anterior la concepción más difundida o aceptada, no debe perderse de vista que connotados iusfilósofos contemporáneos sostienen tesis que en gran medida pueden considerarse monistas (Alexy, Ferrajoli, Dworkin), al considerar única o básicamente un solo criterio para considerar a un derecho como fundamental (su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, atención a principios morales).

■ Bibliografía consultada

- DE ASIS ROIG, Rafael. *Escritos sobre Derechos humanos*. Ara, Lima, 2005.
- PECES BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1991.

■ Dimensión subjetiva de los ~

Los derechos fundamentales –según sostiene abundante jurisprudencia y calificada doctrina– tiene dos faces o una “doble dimensión”, lo que suele vincularse a la “teoría institucional” sobre estos derechos.

La más conocida es la llamada “dimensión subjetiva”, y se refiere a que los derechos fundamentales pueden entenderse como atributos subjetivos que pueden ser directamente exigibles por sus titulares. Desde esta perspectiva, los derechos son posiciones o situaciones jurídicas de ventaja que posee un titular, respecto

del cual existen básicamente obligaciones jurídicas concretas que le benefician, y que puede exigir a través de las vías judiciales pertinentes.

■ Dimensión objetiva de los ~

Los derechos fundamentales no solo son derechos subjetivos: cuentan también con una faz o “dimensión objetiva”. Ello quiere decir que son también mandatos objetivos, esto es, deberes y responsabilidades generales y abstractas para la comunidad política (el Estado y la sociedad).

Los derechos constituyen, entonces, los principios y valores supremos que rigen todo el ordenamiento jurídico, y constituyen líneas directrices de comportamiento para el aparato estatal. De esta manera, se comportan como principios estructurales básicos del Derecho positivo y la actividad estatal, por lo que deben ser observados en las diferentes actividades públicas, como son la expedición de normas, su interpretación y aplicación jurídicas, la intervención de la fuerza pública, la actuación administrativa, etc.

Esta cualidad de los derechos fundamentales como normas objetivas se encuentra destinada principalmente “aunque no exclusivamente” al Estado. Este no solo debe limitar su accionar para no transgredir derechos fundamentales, sino que es el principal encargado de realizar acciones de prevención y de tutela iusfundamental frente al actuar de terceros. Respecto a esto último, la doctrina y la jurisprudencia aluden incluso a la existencia de un deber especial

de protección, que se refiere a una específica obligación del Estado de proteger los derechos fundamentales frente a la agresión de terceros e incluso frente a los propios actos de las personas.

■ Bibliografía consultada

- HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". En: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE y HIEDE. *Manual del Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1993.

■ Eficacia vertical de los ~

De los derechos fundamentales se afirma que tiene una doble eficacia: horizontal y vertical. La más conocida y clásica de estas es la eficacia vertical, que es la que detentan estos derechos respecto al Estado. Como se sabe, los derechos fundamentales surgen como límites para el poder público, por tanto, los derechos y las obligaciones que se derivan de estos estaban dirigidos al Estado.

Desde luego, el Estado -más aún en el Estado Constitucional presente- se justifica en la medida que genera protege a sus ciudadanos, y facilita o genera su bienestar, y sigue siendo el principal responsable de que los derechos fundamentales sean respetados y optimizados en su ejercicio. Entre los principales deberes del Estado -reconocidos por la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales- están los de:

- No interferencia arbitraria.
- Dar prestaciones sociales básicas.
- Implementar los derechos, generando una institucionalidad acorde con su adecuado ejercicio.
- Deberes de respeto, defensa y promoción.
- Deberes de investigación, procesamiento, castigo y reparación efectiva frente a agresiones.

Ahora bien, durante muchos años el constitucionalismo consideró que únicamente el Estado podía afectar derechos fundamentales, entendiendo que en el ámbito privado las relaciones se producían entre sujetos libres e iguales y, por ende, sus relaciones eran intrínsecamente justas, pues las personas en ejercicio de su autonomía no habrían de decidir en contra de sus derechos y libertades. Desde esta perspectiva, los conflictos entre particulares debían ser considerados a asuntos civiles, o penales en el peor de los casos, mas no de derechos fundamentales. Por ello, si en una relación entre privados se hubiere afectado un derecho considerado básico, se consideraba que era el Estado quien había fallado en su deber especial de proteger los derechos, y no que fueron los particulares quienes lo trasgredieron directamente.

■ Eficacia horizontal de los ~

La "eficacia horizontal" de los derechos fundamentales nos dice de la fuerza de estos frente a otros

individuos o sujetos particulares. Es contraparte de la “eficacia vertical” de los derechos, que alude a su fuerza más bien frente al Estado.

Inicialmente se entendía que los derechos tenían solo efectos frente al poder público; sin embargo, las lecciones del constitucionalismo social y el lugar privilegiado que ocupa actualmente la dignidad humana en las comunidades políticas, ha llevado poco a poco a considerar que los sujetos particulares, especialmente los que acumulan mucho poder, pueden afectar derechos fundamentales.

Ahora bien, esta aceptación ha sido paulatina y es aun limitada. Por ejemplo, en muchos Estados –varios de ellos referentes para el constitucionalismo actual– suele o solía analizarse la específica posición de los particulares, siendo que únicamente si estos detentan un especial posición de poder o si brindan servicios públicos o esenciales es que se podría solicitar protección directa frente a agresiones iusfundamentales (vino siendo el caso, con matices, de España, Alemania, Colombia y Estados Unidos).

La doctrina y la jurisprudencia comparada distinguen dos formas en que se reconoce o entiende esta eficacia horizontal: esta puede ser una inmediata (directa) o mediata (indirecta). La eficacia horizontal directa implica que, considerando que los particulares pueden ser directamente responsables por agredir o amenazar derechos fundamentales, es posible acudir de frente a la vía judicial pertinente para solicitar protección efectiva frente al particular agresor (por ejemplo a través del proceso de

amparo). Desde la eficacia horizontal indirecta se afirma, por el contrario, que ante una posible lesión o amenaza iusfundamental debería acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de que el juez determine la legitimidad de lo ocurrido, y únicamente si este no brindó adecuada protección a los derechos en juego, podrá activarse los mecanismos de tutela específicos, alegándose que el juez ordinario no protegió adecuadamente los derechos constitucionales involucrados. De esta forma, se admite que es posible que el tercero afecte derechos fundamentales, pero la responsabilidad por la afectación se endilga al juez de la vía ordinaria, por no otorgar la defensa debida.

En el caso peruano, debido a la vinculación expresa que señala la Constitución respecto a los particulares (artículos 1; 38; 51 y 200, incisos 1, 2 y 3), se ha asumido de manera consolidada, que los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal directa, y por ello es posible iniciar demandas de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus, hábeas data) directamente contra sujetos privados, sean estos personas naturales o corporaciones. Esta posición cuenta con respaldo en numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC Exps. N°s 1124-2001-AA/TC, 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, 1515-2009-PHD/TC).

Bibliografía consultada

- **BILBAO UBILLOS, Juan María.** *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Boletín Oficial del

Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

- **GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio.** *Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Civitas, Madrid, 1986
- **JULIO ESTRADA, Alexei.** “Los Tribunales Constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”. En: AA. VV. *Teoría Constitucional y derechos fundamentales.* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2002.

■ ~ no enumerados

Se trata de derechos fundamentales que si bien no son reconocidos expresamente como tales en las constituciones, su existencia se deriva del conjunto del ordenamiento constitucional, en especial del principio-valor dignidad humana. En el caso peruano, como señala el artículo 3 de la Constitución, los derechos no enumerados o implícitos pueden fundamentarse en los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado democrático de Derecho y gobierno republicano.

La doctrina explica que debido al avance de las sociedades en muchas ocasiones los derechos reconocidos de manera explícita resultan insuficientes para tutelar adecuadamente a las personas. En tal caso, bien considerando que los derechos fundamentales son anteriores al Estado y que este solo los reconoce, que el poder público se fundamenta en el respeto y optimización de la dignidad humana, o porque se trata de una posibilidad reconocida claramente en

el ordenamiento, los jueces constitucionales reconocen la existencia de “nuevos derechos” fundamentales, no escriturados en la Constitución.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de un derecho no enumerado es un asunto excepcional, por más noble que pueda parecer la intención del intérprete. Ello, entre otras razones, porque la Constitución es una norma rígida y, por ende, la incorporación de nuevos contenidos debería realizarse a través de reformas constitucionales; quedando entonces la posibilidad de reconocer nuevos derechos a través de la jurisprudencia como una vía más bien subsidiaria, pues de lo contrario los jueces constitucionales harían prácticamente las veces de constituyentes.

A tono con esto último, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que debe preferirse la adscripción de nuevos contenidos a derechos ya reconocidos, antes que incorporar a cada momento nuevos derechos al ordenamiento (STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC). Estas nuevas normas por adscribir han sido llamadas por el Tribunal “contenidos implícitos” o “contenidos nuevos” de derechos “viejos” o “escritos”.

Finalmente, entre algunos de los derechos no enumerados más emblemáticos reconocidos por el Tribunal Constitucional tenemos los derechos a la verdad, al agua potable, de los consumidores y usuarios, y a la eficacia de las leyes y los actos administrativos.

■ Titularidad de los ~

Por lo general, los derechos fundamentales son concebidos como atributos a favor de los seres humanos, en tal sentido, las constituciones suelen reconocerlos a favor de todas las personas, o de los ciudadanos o sujetos con capacidad de obrar, dependiendo de los derechos que se trate.

Ahora bien, un conjunto amplio de derechos son titularizados individualmente; es decir, por personas individualmente consideradas, que se encuentran en concretas posiciones iusfundamentales a su favor. Se trata, por decir, de derechos de una persona específica. La mayoría de derechos tienen esta forma de titularidad.

No obstante ello, hay algunos derechos cuya titularidad siempre es colectiva, en la medida en que son bienes que nos interesan y afectan a todos. Estos derechos con los denominados "derechos colectivos". Como ejemplos de estos derechos tenemos: el derecho a un ambiente sano y equilibrado, o el derecho a la paz.

Si bien por lo general los derechos solo corresponden a los seres humanos, en algunos casos los ordenamientos y la jurisprudencia han reconocido que las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos, con el fundamento de que estas están integradas por personas naturales asociadas, quienes cuentan dignidad y que para alcanzar sus fines necesitan también cobertura iusfundamental.

En el caso peruano, la Constitución de 1979 contemplaba esta posibilidad, lo que no hace la actual

Constitución de 1993. No obstante ello, la jurisprudencia ha reconocido la jurisprudencialmente a las personas jurídicas la titularidad de ciertos derechos fundamentales (STC Exp. N° 04972-2006-PA/TC), aunque la precisado que ello no debe generar la amparización de causas con contenido principalmente patrimonial, por lo que la admisión de demandas de tutela de derechos debe ser excepcional (RTC Exp. N° 02714-2009-PA/TC). Entre los derechos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pueden titularizar las personas jurídicas cuando menos, tenemos: los derechos a la igualdad ante la ley; a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento; a fundar medios de comunicación; de acceso a la información pública; al secreto bancario y la reserva tributaria; a la autodeterminación informativa; a la buena reputación; a la creación intelectual; a la inviolabilidad de domicilio; al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados; a la residencia; de reunión; de asociación; de contratación; de trabajo; de propiedad; a la participación en la vida de la Nación; de petición; a la nacionalidad; a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos; a la iniciativa privada; a la empresa, comercio e industria; a la libre competencia; a la prohibición de confiscatoriedad tributaria; al debido proceso, y a la tutela jurisdiccional efectiva (STC Exp. N° 04972-2006-PA/TC)

Por último, si bien se entiende que el Estado es titular de atribuciones y competencias, pero no de derechos fundamentales, la jurisprudencia ha admitido de manera excepcional la posibilidad de que personas jurídicas públicas aleguen la afectación del derecho al debido proceso (RTC Exp. N° 06414-2007-PA/TC), especialmente la igualdad de armas y el derecho de defensa (STC Exp. N°1150-2004-AA/TC, RTC Exp. N° 02123-2007-PA/TC), con la finalidad de que puedan acudir al proceso de amparo para que se corrija y reparen actuaciones arbitrarias cometidas en contra suya en los procesos judiciales en que participe.

🔗 **Voces relacionadas:** Derechos colectivos (o intereses colectivos), Intereses difusos.

■ **Contenido esencial de los ~**

Ver: Contenido esencial.

■ **Disposiciones de ~**

La doctrina y la jurisprudencia denominan “disposiciones de derecho fundamental” a las disposiciones normativas “expresiones textuales, enunciados lingüísticos” que reconocen derechos fundamentales.

Ya que el lenguaje con que estos derechos son reconocidos en las constituciones suele ser indeterminado, impreciso y hasta ambiguo, en muchos casos de su sola lectura es muy difícil, sino imposible, determinar qué queda protegido por el Derecho. Ello pone en evidencia la necesidad de atribuir significados o contenidos

semánticos a los textos que reconocen derechos; es decir, es necesario interpretar las disposiciones iusfundamentales con la finalidad de conocer su contenido protegido.

■ **Normas de ~**

Son las interpretaciones que pueden hacerse de las disposiciones iusfundamentales; en otras palabras, el posible significado (o significados) de disposiciones que reconocen derechos. De manera general y abstracta, puede afirmarse que las normas iusfundamentales constituyen el contenido inicialmente protegido por los derechos.

En algunos casos las disposiciones iusfundamentales tienen un objeto protegido claro; en ese caso el ámbito protegido por el derecho es prácticamente el que está expresamente enunciado, se trataría de “normas (iusfundamentales) directamente estatuidas”. Sin embargo, por lo común, el lenguaje con que los derechos fundamentales son reconocidos suele ser genérico, abierto y hasta ambiguo, por ello, de su sola lectura es imposible o difícil determinar qué es lo protegido. En esos casos será necesario hacer un mayor esfuerzo interpretativo para atribuir significados o contenidos semánticos a los textos que reconocen derechos; es ese caso estamos ante “normas (iusfundamentales) adscritas” a disposiciones que reconocen derechos.

Ahora bien, puede haber varias interpretaciones posibles para una misma disposición iusfundamental, es decir, diversos sentidos semánticos o “normas iusfundamentales” que pueden

ser atribuidos o adscritos a un mismo enunciado que consagra un derecho fundamental.

■ Posiciones de ~

Son las concretas exigencias a favor de personas o ciudadanos que se desprenden de las “normas iusfundamentales”. De esta forma, que una persona (natural o jurídica) titularice un derecho fundamental equivale a afirmar que detenta o se encuentra en una “posición jurídica iusfundamental”, existiendo entonces una obligación a su favor y un sujeto responsable de esta obligación (persona o entidad).

Con lo anotado, las posiciones de derecho fundamental cuentan con una estructura conformada por tres elementos: el específico portador o titular del derecho, el destinatario o sujeto obligado por el derecho, y el objeto o mandato iusfundamental a favor del titular.

Ya que las posiciones iusfundamentales se refieren de los concretos atributos que ostentan las personas, se les conoce también como “derechos fundamentales en sentido estricto”, esto, a diferencia de las disposiciones que reconocen derechos (o “disposiciones iusfundamentales”), que serían más bien los “derechos fundamentales en sentido amplio”.

■ Estructura de ~

Desde algunas posturas bastantes difundidas en nuestro medio se utiliza el esquema clásico de los derechos subjetivos para describir el ámbito

garantizado por los derechos fundamentales. Siendo así, se afirma que todo derecho constitucional cuenta con una estructura, cuya forma básica está integrada por un titular, un destinatario y una obligación iusfundamental. Al estar compuesta por tres elementos, la doctrina suele denominarla “estructura triádica”.

Al respecto, el titular del derecho fundamental es quien cuenta con una posición iusfundamental a su favor. La obligación o deber iusfundamental es la conducta de acción u omisión que viene prescrita (ordenada o prohibida) por la norma iusfundamental a favor del titular. El destinatario es el sujeto responsable de cumplir la obligación iusfundamental en beneficio del titular del derecho.

La doctrina (Bernal Pulido) y la jurisprudencia nacional (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC, STC Exp. N° 00665-2007-AA/TC) se han referido asimismo al “sujeto activo” y al “sujeto pasivo” de la relación iusfundamental, aludiendo al titular y al destinatario de los derechos, respectivamente.

■ Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- **BERNAL PULIDO, Carlos.** *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- **BOROWSKI, Martín.** *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

■ **Conflictos entre ~**

Ver: Contenido esencial, Proporcionalidad.

DERECHOS HUMANOS

La expresión derechos humanos hace referencia al conjunto de atributos y facultades propios de la persona humana y, que como tales, son establecidos a nivel global por los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, lo que implica su defensa y protección. Una aproximación más conceptual lo revela como el conjunto de libertades y competencias explícitamente reconocidas en la persona humana.

En esa línea, puede afirmarse que los derechos humanos son los derechos básicos del ser humano, que abarcan la totalidad de sus dimensiones, tales como su aspecto físico, su aspecto psicológico y su aspecto social, abarcando una concepción integral del ser humano, lo que permite considerar un catálogo abierto y extenso de derechos fundamentales que serían reconocidos o reivindicados dentro de esta categoría. De esta forma, además, se daría paso a una concepción profundamente humanista y abierta del hombre, remplazando la tradicional visión patrimonialista o civil que consideraba a los derechos de la persona humana como un catálogo de derechos positivos cerrados, esencialmente subjetivo y carente de complejidad o mayor apertura. Por eso mismo, es más correcto hablar de una *problemática relativa* a los derechos humanos, antes que *de una temática o catálogo sobre* los derechos humanos.

Desde un punto de vista filosófico, se puede señalar que los derechos humanos son una especie de principios éticos que se proponen ser emblemáticos

para el conjunto de la comunidad mundial de personas y que, a la vez, buscan ser vinculantes a través de un sistema u ordenamiento jurídico transnacional, convirtiéndose en una especie de moral mínima para nuestra época. Se le puede definir así como un conjunto de pretensiones moralmente fundamentadas, cuya aspiración política es justamente el cumplimiento de los derechos fundamentales básicos de la persona humana que el mismo sistema reconoce y garantiza.

Aunque la justificación o fundamentación de los derechos humanos es muy discutida –pues si bien existen varias corrientes que consideran a los derechos humanos como parte inherente a la naturaleza del hombre, hay otras que la asumen como construcción histórica-cultural necesaria y valiosa– su exigencia moral y ética, así como su vinculación jurídica, queda fuera de toda discusión.

Algunas características doctrinarias de los derechos humanos son: su universalidad, su indivisibilidad, su carácter igualitario y su carácter fundamental. Al respecto, si bien es frecuente el uso legal indistinto del término derechos humanos y el de derechos fundamentales –e incluso el de derechos constitucionales– se hacen necesario algunas precisiones terminológicas. Al respecto es correcto señalar que tanto la expresión *derechos humanos* como *derechos fundamentales* suelen aludir a dos realidades similares o equivalentes, en el sentido de que se puede señalar que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados en un ordenamiento interno determinado. Más difícil es equiparar el término derechos constitucionales con derechos humanos, en tanto que existen facultades constitucionales expresadas en la Constitución y referidas

a las funciones del Estado que no pueden ser consideradas parte del catálogo de derechos fundamentales.

Por tanto, la expresión *derechos humanos* sería una expresión que está reservada para significar los derechos esenciales del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos; mientras que la expresión *derechos fundamentales* está reservada para significar los mismos derechos recogidos en el ordenamiento jurídico interno a nivel constitucional, debido a su carácter prioritario y para gozar de mayor tutela jurídica.

 **Voces relacionadas:** Dignidad humana / Derechos fundamentales.

Bibliografía consultada

- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general.* Palestra, Lima, 2005.
- **POLLMAN, Arnd.** *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias en la actualidad.* Documentos de Trabajo N° 1. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, Lima.
- **RUBIO CORREA, Marcial y otros.** *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010.
- **RUSSO, Eduardo Ángel.** *Derechos humanos y garantías. El derecho al mañana.* Eudeba, Buenos Aires, 1999.

DERECHOS SOCIALES

Son los derechos relacionados con la satisfacción de necesidades básicas en ámbitos que tienen que ver con las

condiciones materiales requeridas para el ejercicio real de la libertad o de la autonomía, como la alimentación, la salud, la vivienda, la educación, el trabajo, el agua o la seguridad social. Aunque por su vinculación con la protección social de un nivel de vida adecuado (artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) se les reconoce más como derechos de los miembros desaventajados de la sociedad, el hecho de que tutelen bienes que interesan a la sociedad en su conjunto, les otorga el carácter de universales (en el sentido de que todas las personas son titulares de estos derechos).

Azuzada por la circunstancia de que en el ámbito internacional se les brindó un reconocimiento separado (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), la doctrina ha solido distinguir entre una primera generación de derechos, representados por los derechos civiles y políticos y una segunda generación de derechos, donde se encuentran los llamados “derechos económicos, sociales y culturales”. En algunos casos, dicha separación efectuada por el Derecho Internacional (originada en el enfrentamiento ideológico de la Guerra Fría) ha supuesto una infravaloración de los derechos sociales, no solo como derechos axiológicamente subordinados o estructuralmente indeterminados, sino como meros mandatos programáticos o simples encargos a las autoridades en materia de política social y económica, pero en ningún caso como verdaderos derechos.

Frente a esta tesis, un gran sector de la doctrina ha respondido afirmando que los derechos sociales comparten con los derechos civiles y políticos el mismo

fundamento valorativo, pues ambos tipos de derechos buscan dar cabida a una libertad sustantivamente entendida (libertad real o fáctica) o autonomía personal, así como a la dignidad e igualdad, en tanto valores constitucionales sustantivos y no meramente formales. Del mismo modo, ambos tipos de derechos incorporan distintas clases de obligaciones, unas más acotadas y determinadas que otras; así, de acuerdo a la conocida tipología propuesta por Van Hoof y aceptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, pueden definir su contenido teniendo en cuenta obligaciones de respeto, protección y satisfacción (que incluye obligaciones de garantía y promoción); es decir, ninguna de esta clase de derechos son solamente derecho negativos o de abstención o solo derechos positivos o de realización y, por tanto, no puede aseverarse, que la propiedad de indeterminación corresponde solo a los derechos sociales, sino que es común a ambas categorías y puede ser superada, en ambos casos, como postula Alexy, recurriendo al principio de proporcionalidad. Por lo demás, el hecho de que no pueda hablarse de una separación rígida entre derechos, con base en su carácter de derechos de abstención o prestacionales, hace caer la crítica de que los derechos sociales deben quedar en el ámbito estricto de discrecionalidad de la política, dado el alto costo económico que supone su cumplimiento. Como han destacado acuciosamente Cass Sunstein y Stephen Holmes, casi todos los derechos y el disfrute mismo de la propiedad y de la libertad de acción, considerados derechos típicamente liberales, son costosos

y dependen de los impuestos pagados por todos los ciudadanos.

No obstante, esta refutación de la división de los derechos en generaciones jerarquizadas, y la demostración de su interdependencia en la concreción de los valores de dignidad, libertad e igualdad; el problema parece subsistir, como afirma Lucas Grossman, al momento de definir el modo en que un derecho social, en su dimensión prestacional, puede ser directamente exigible. En un contexto de escasez de recursos, no parece adecuado asignar un derecho subjetivo a toda persona a la satisfacción de todas sus necesidades básicas materiales, por lo que en principio se asume como razonable brindar un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades políticas competentes en la definición de los programas y servicios destinados a satisfacer dichas necesidades. La dificultad de adjudicar, con carácter general, este derecho subjetivo a la satisfacción de las necesidades básicas y el efecto distorsionador de otorgarlo judicialmente (al imponerlo sobre otras necesidades quizás más urgentes de la comunidad) han hecho a ciertos autores como Fernando Atria negar a los derechos sociales el carácter de derechos o, por lo menos, que los reclamos de igualdad social puedan reconducirse a través de derechos subjetivos. Sin embargo, autores como Alexy o Clérico, opinan más bien que en determinadas circunstancias, cuando producto de la no realización de un derecho social se encuentre en grave riesgo la libertad fáctica de la persona y, por otro lado, el margen de acción de la política no esté seriamente mellada ni la disponibilidad presupuestaria, es preciso postular un mandato con carácter

definitivo a la protección del derecho social en cuestión (esta es la postura del Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC). Por lo demás, los reclamos de protección de los derechos sociales no solo pueden ser individuales (de una persona contra su comunidad, como afirma Atria), sino también colectivos, en procura de la corrección de una política pública que esté afectando a un grupo amplio de personas.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido como obligaciones genéricas, comunes a todos los derechos sociales, la obligación de adoptar medidas inmediatas (como la adecuación del marco legal, el relevamiento de información, el establecimiento de mecanismos de control, la formulación de políticas y la provisión de recursos judiciales), la obligación de no discriminación, la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos (que supone no exponer a una persona a privaciones extremas de necesidades básicas), la obligación de progresividad y no regresividad (que implica destinar hasta el máximo de recursos disponibles y no retroceder en los niveles de satisfacción ya alcanzados), la obligación de atender a poblaciones especialmente vulnerables y la obligación de adoptar indicadores de evaluación de realización de los derechos.

■ Exigibilidad judicial de los ~

El hecho de aceptar que los derechos sociales pueden dar lugar a mandatos definitivos conlleva el reconocimiento de que las personas afectadas por la violación de un derecho social deben tener derecho

a reclamar judicialmente su reparación. Si aplicamos la doctrina del derecho al recurso efectivo contra violaciones de derechos, dicho mandato debe regir incluso sobre limitaciones de orden procesal que existan en los ordenamientos internos de los países (como lo interpretó el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, respecto a la restricción impuesta en la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993). En todo caso, como han destacado Abramovich y Courtis, en aquellos ordenamientos donde se ha restringido el reclamo judicial de los derechos sociales, su protección se ha viabilizado por vía indirecta, como en el caso del propio Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde dichos derechos se protegen a través de la tutela de la dignidad humana, de la igualdad sustantiva, del principio de no discriminación e incluso de las garantías del debido proceso.

No obstante las críticas a la judicialización de los derechos sociales, sobre todo las sustentadas en la falta de capacidad técnica de los jueces y en la usurpación de competencias deliberativas de las autoridades políticas, en la doctrina y jurisprudencia comparada se han ideado una serie de modelos para hacer efectivos los derechos sociales y superar las críticas antes aludidas:

- i) En primer lugar, un modelo de tutela individual, donde los jueces no hacen un examen exhaustivo de la política pública o inconducta funcional que da origen a la violación, bastando un acuerdo mínimo sobre su inconstitucionalidad

evidente para reparar al peticionante. Este es un modelo estratégico que pretende ir avanzando una nueva valoración del derecho social en cuestión, caso por caso (es el modelo de Sunstein inspirado en los acuerdos teóricos incompletos);

- ii) también se ha practicado un modelo de control judicial estricto o llamado de “orden y control”, sobre todo en algunos casos de reforma carcelaria de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Constitucional de Colombia; donde las cortes no solo declaran fundada la pretensión expuesta y reparan al o los peticionantes, sino que efectúan una evaluación intensiva de toda la política pública concerniente y la declaran inconstitucional, ordenando acciones concretas y específicas a las autoridades responsables para la satisfacción plena del derecho social en cuestión. Aunque puede ser necesario en situaciones de grave deficiencia estructural, este modelo es criticado por ser invasivo del ámbito de la política y poco consciente de las limitaciones de ejecución de sentencias de este tipo;
- iii) frente a dicho modelo se ha presentado como alternativa innovadora el modelo practicado por la Corte Constitucional de Sudáfrica y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en algunos casos, denominado modelo experimental; donde la corte procede a evaluar la política pública que está afectando el derecho social invocado, pero no bajo cánones

técnicos estrictos o teorías abarcativas de justicia social, sino bajo parámetros constitucionales mínimos que debe incorporar la política pública (en forma de un test de razonabilidad); luego de lo cual procede a declarar –si fuera el caso– la inconstitucionalidad de la política pública, pero deja la implementación de las medidas necesarias para corregirla a las autoridades políticas. En algunos casos, el reenvío al debate político se produce a través de una mesa de diálogo, donde las autoridades discuten con los afectados las medidas a adoptarse (jurisprudencia dialógica). Si bien este modelo representa un avance en cuanto a la crítica de judicialización de la política, parece terminar siendo un poco débil en la etapa de ejecución, pues todo queda encargado a las autoridades y a las víctimas de la afectación;

- iv) por último, la Corte Constitucional de Colombia ha iniciado un modelo experimental pero que pretende ser más completo que el anterior. La Corte colombiana, al igual que la sudafricana y la argentina, declara la inconstitucionalidad de una política con base en parámetros constitucionales mínimos y deja los modos de corrección de esta a las autoridades políticas, sin embargo, asume competencia sobre el proceso de ejecución, donde examina si las medidas propuestas por las autoridades responsables se ajustan a los parámetros indicados por la Corte en su sentencia. Dicho proceso de seguimiento se lleva a

cabo a través de audiencias participativas, donde la Corte a través de una Sala Especial de Seguimiento, convoca a las autoridades, víctimas y organismos especializados de la sociedad civil a efectos de que expongan los avances y necesidades del proceso de implementación de la sentencia, dictando finalmente la Corte, a través de autos de seguimiento, las órdenes requeridas para avanzar en dicho proceso.

■ Test de razonabilidad y ~

Este test implementado por la Corte Constitucional de Sudáfrica, entre otros en el caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom*, pretende examinar la política pública destinada a satisfacer un derecho social, sin afectar el margen de acción que corresponde a las autoridades políticas en el diseño de dicha política. Para ello, ha establecido determinados supuestos que, en cambio, sí resultan exigibles desde la propia Constitución o desde los tratados internacionales de derechos humanos. Dichos supuestos son:

- i) Que las medidas dictadas sean comprensivas, en el sentido de abordar todos los aspectos críticos involucrados en la realización del derecho social, y coordinadas, en el sentido de establecer las autoridades competentes para su ejecución;
- ii) que las políticas cuenten con los recursos económicos y humanos necesarios para ser llevadas a cabo;

- iii) que las medidas adoptadas sean idóneas para la realización del derecho social y razonablemente diseñadas, en función de su implementabilidad;
- iv) que las medidas sean flexibles, para adaptarse a contextos de crisis económica o aumento de las necesidades poblacionales;
- v) que las medidas tengan en cuenta planes específicos cuando así lo requiera la protección de personas especialmente vulnerables o situadas en situación de privación extrema y en condiciones desesperadas;
- vi) que las medidas incorporen todos los aspectos del Derecho, según las obligaciones constitucionales e internacionales vigentes;
- vii) que las medidas sean transparentes, en el sentido de que sean adoptadas con conocimiento y, en su caso, participación, de las poblaciones directamente afectadas; además de contener indicadores de evaluación que permitan medir los avances y retrocesos de esta y rendir cuentas a las autoridades responsables.

■ Indicadores y ~

Uno de los grandes obstáculos en la evaluación de políticas públicas destinadas a realizar los derechos sociales y, por ende, en la propia judicialización de estos, es la falta de información respecto a los logros de dicha política en la satisfacción de dichas necesidades básicas. Es por ello que la doctrina, distintos relatores de derechos humanos y las

observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han postulado la necesidad de avanzar en la elaboración de indicadores de derechos humanos específicos, distintos a los indicadores sociales que manejan generalmente los gobiernos y que suelen medir solo el número de personas beneficiarias de las políticas públicas y el grado de inversión presupuestal en dichas políticas. Los indicadores de derechos humanos, específicamente de derechos sociales, sin embargo buscan un acercamiento mucho mayor a la dimensión misma de realización o goce efectivo del derecho y no solo de acceso. Quiere ello decir, en la perspectiva de Sen, que para la medición del grado de cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos sociales (o de justicia social) no basta saber si las personas acceden a los bienes y servicios, sino que es preciso conocer las posibilidades con que cuentan las personas para convertir dichos bienes en capacidades. Dicha acotación lleva a rediseñar los indicadores, de modo que puedan medir aspectos como la discriminación en el acceso, o las dificultades para lograr buenos resultados en el caso de poblaciones especialmente vulnerables, o la calidad de los servicios sociales que se ofrecen, entre otras dimensiones relevantes de los derechos sociales.

Litigio complejo o de reforma estructural

A diferencia de la tutela individual de un derecho social o incluso de la

tutela colectiva donde se repara el derecho social afectado, pero sin buscar el examen de la política pública o un cambio en la estructura social que está afectando profundamente el derecho, el litigio complejo o de reforma estructural, practicado sobre todo por clínicas jurídicas, organismos especializados de derechos humanos o universidades, pretende afrontar una violación de gran escala, en la que están involucradas un número amplio de personas, y que requiere una solución compleja, que exige ponderación de múltiples factores, especificación de las medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual, y evaluación de la implementación. En síntesis, estos son los elementos que definen un litigio complejo:

- i) Un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa;
- ii) varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas o estructurales de políticas públicas, y;
- iii) órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).

Bibliografía consultada

- AA.VV. *La protección judicial de los derechos sociales*. Christian Courtis y Ramiro

Ávila Santamaría (editores), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

- **ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian.** *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Trotta, Madrid, 2002.
- **ALEXY, Robert.** *Derechos sociales y ponderación.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- **ATRIA, Fernando.** “¿Existen derechos sociales?”. En: *Discusiones. Derechos Sociales.* N° 4, Doxa, Alicante, 2004.
- **CLÉRICO, Laura.** *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional.* Eudeba, Buenos Aires, 2009.
- **GROSMAN, Lucas.** *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución,* Librería, Buenos Aires, 2008.
- **HOLMES, Stephen y Cass SUNSTEIN.** *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos,* Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.

DESCENTRALIZACIÓN

Explicar la idea de descentralización nos lleva a referirnos previamente a las formas de Estado, las cuales aluden a la distribución territorial del poder político en un país. Básicamente son dos las principales formas de Estado: el Estado federal y el Estado unitario (aunque se alude también a un “Estado regional”, que es básicamente una forma intermedia entre las anteriores). Al respecto, el Estado federal está conformado por varios Estados (denominados Estados federados) que seden parte de su soberanía para formar un Estado más grande (Estado federal o Federación). Ahora bien, no obstante la cesión de poder, cada Estado federado mantiene grandes cuotas de soberanía, contando incluso

con constituciones y poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) propio. Fuera de estas, existen competencias específicas que la Constitución nacional (es decir, del Estado federal, dada por una asamblea nacional) ha otorgado de manera exclusiva, aunque residual, al poder o gobierno federal.

Por su parte, el Estado unitario alude a la forma de organización con un solo centro de poder político, que cuenta con dependencias repartidas en el territorio encargadas de cumplir sus funciones o ejecutar sus disposiciones. A diferencia del caso anterior, el Estado unitario no admite cuotas de soberanía al margen del poder central, si bien en determinados casos de reconocen “autonomías”, referidas por lo general a asuntos de gobierno local. No obstante el modelo descrito, dependiendo de cada país, el poder y la Administración del Estado unitario puede estar más o menos concentrados. De esta forma, cuando el Gobierno o la Administración central agrupan el total de competencias y decisiones de gobierno estamos ante un Estado unitario centralizado; mientras cuando, también bajo una misma soberanía estatal, el poder político se encuentra territorialmente distribuido –incluso con competencias exclusivas y garantizadas frente al poder central– estamos ante un Estado unitario descentralizado.

También respecto al Estado unitario se hace una distinción entre “desconcentración” y “descentralización”. Al respecto, la primera alude a una distribución básicamente administrativa o meramente funcional, mientras que la segunda se refiere a la existencia de autonomías territoriales no de carácter administrativo, sino además económico y político.

Ya que la descentralización –conforme a lo anotado– es contraria a la concentración del poder en pocas manos, adquiere un carácter manifiestamente democrático, favorable al contrapeso y el control de poderes, ya no en un sentido solo funcional, sino además territorial. Asimismo, favorece a la mejor y más eficiente prestación de los servicios estatales, pues favorece la existencia de instancias más cercanas a los ciudadanos (principio de subsidiariedad).

En el Perú, La descentralización es una política de Estado y un proceso. La Constitución, conforme a su actual redacción, señala que “[l]a descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales”. La Carta, además, establece en su Capítulo XIV (artículos 188 al 199) algunas competencias para los diferentes niveles de gobierno (nacional, regional, provincial y distrital), sin embargo, precisa que el desarrollo de estas se hará mediante leyes orgánicas; entre estas, contamos principalmente a la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley Orgánica de Municipalidades.

El Tribunal Constitucional, por su parte, al tratar nuestra forma de Estado ha distinguido las nociones de “Estado unitario descentralizado” y de “Estado unitario y descentralizado” (STC Exp. N° 00006-2008-AI/TC, y STC Exp.

N° 0034-2009-AI/TC); considerando que la primera alude únicamente a la desconcentración administrativa, mientras que la segunda –que es por la que habría optado nuestro constituyente– sí se refiere a niveles de gobierno con auténticas autonomías administrativas, económicas y sobre todo políticas. Asimismo, el colegiado se ha referido a la existencia del “principio de cooperación, y lealtad nacional y regional”, así como al “deber de cooperación leal”, que se refieren a la colaboración y respeto recíproco que debe existir respecto a las competencias que tiene cada nivel de gobierno (Cfr. STC Exp. N° 00031-2005-AI/TC, STC Exp. N° 00024-2006-AI/TC, y STC Exp. N° 00004-2009-AI/TC).

DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana cuenta con una triple dimensión:

■ La ~ como valor

Se trata de un valor privilegiado, pues en la dignidad humana se reafuerza el carácter de la Constitución como documento estatutario de la vida en comunidad y como expresión del consenso que determina el modo y la forma como una comunidad política reivindica la voluntad de su propia existencia. El ordenamiento jurídico constitucional la coloca como fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores.

Destaca en primer lugar, su carácter pacificador de la convivencia estableciendo determinados fines. Segundo,

su carácter de criterio básico para enjuiciar y someter a crítica los hechos y comportamientos estatales y particulares. Finalmente, la dignidad tiene también una eficacia residual, porque se invoca en relación con algún o algunos derechos fundamentales de alcance o de contenido no claro, además sirve para la protección de conductas no tuteladas. Es así, que la dignidad se coloca como un referente que determina las pautas de los procesos de juridización de derechos fundamentales, pero también un punto de llegada hacia el cual converger en los estándares de la protección que les corresponde.

■ La ~ como principio

Comparte un doble carácter deontológico.

- *Metanorma* que orienta el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas, porque atraviesan a manera de *ratio legis* todo el contenido de las disposiciones que componen el edificio legal.
- Actúa propiamente como norma que tiene un *prima facie* debido, expresándose en un deber ser, que regula determinadas conductas, las cuales deben estar siempre orientadas al respeto y valoración del hombre. Es una auténtica norma jurídica.

■ Propuesta de definición de la ~ como derecho fundamental

La dignidad humana se concretiza cuando entra en vinculación con el

corpus de derechos fundamentales. Precisamente, para la Constitución Política del Perú, la dignidad del ser humano no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. Desde el artículo 1 queda manifiesta tal orientación al reconocerse que: “La defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y complementarse dicha línea de razonamiento con aquella otra establecida en el artículo 3, que dispone que: “La enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”.

De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho Constitucional peruano, se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto soporte estructural de la protección debida al individuo.

Sin embargo, consideramos que ello no significa que carezca de la eficacia inherente a los derechos fundamentales. La afirmación del valor normativo de la dignidad humana y su progresivo reconocimiento como derecho fundamental, ha venido siendo perfilado por el Tribunal Constitucional peruano. En tanto comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, es posible afirmar que se configuran los elementos que determinarían el

progresivo reconocimiento de su contenido constitucional autónomo.

Por el momento, nuestro Tribunal solo ha formulado jurisprudencialmente el postulado normativo: *principio-derecho* de la dignidad humana, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc. (STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC).

El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas:

- Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extensible a los particulares.
- Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se

dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos.

Al respecto, podemos referir diversos pronunciamientos que han venido consolidando una aplicación del contenido normativo de la dignidad humana en los casos que son materia de conocimiento del Colegiado: STC Exp. N° 0050-2004-AI, STC Exp. N° 0051-2004-AI, STC Exp. N° 0004-2005-AI, STC Exp. N° 0007-2005-AI, STC Exp. N° 0009-2005-AI (la correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana); STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC (la dignidad humana y el abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad); STC Exp. N° 0030-2005-PI (la dignidad humana como límite a la interpretación constitucional); STC Exp. N° 1417-2005-AA (la participación de la dignidad en la determinación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales); STC Exp. N° 10107-2005-PHC (la dignidad humana como fundamento de la presunción de inocencia); STC Exp. N° 00926-2007-PA/TC (se declara la inconstitucionalidad de la expulsión de un alumno de una escuela de suboficiales de la Policía Nacional por su presunta homosexualidad); entre otros.

No obstante, de estas referencias jurisprudenciales no se desprenden todavía todas las consecuencias de la dignidad humana como derecho fundamental con *status activus processualis* autónomo. Sin embargo, qué duda

cabe que se han dado los primeros pasos a dicha consagración.

De esta forma, es como los futuros desarrollos del Derecho Constitucional y de la jurisprudencia de las Cortes y Tribunales Constitucionales, reforzarán el carácter emancipador de la dignidad en la cultura política y jurídica de nuestro tiempo, garantizando su eficacia como el *derecho fundamental a la dignidad humana*.

Bibliografía consultada

- **CANALES CAMA, Carolina.** "La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano". En: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. N° 29, México D.F., 2010.
- **HÄBERLE, Peter.** *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, Lima, 2001.
- **PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.** *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- **PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.** *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2002.

DISCURSO PRÁCTICO

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico puede concebirse como un caso especial de discurso práctico

general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente. Se recurre al discurso cuando las pretensiones de validez de los actos de habla se ponen en cuestión. Entonces, mediante el discurso se intentará dar cuenta de la verdad de las aserciones y la corrección de las normas.

Lo importante del discurso es que no permitirá que triunfe otro motivo para el consenso, más que la fuerza del mejor argumento. El diseño de la lógica del discurso (teórico y práctico) lleva a Habermas a proponer una teoría de la verdad como consenso, y puesto que las condiciones del consenso sobre la verdad dependerán de las propiedades formales de un discurso, bosqueja una situación ideal de habla o argumentación.

Se puede afirmar, entonces, que un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas del discurso, y si bien estas reglas la dotan de un nivel aceptable de racionalidad, no se debe perder de vista que la teoría del discurso no es una máquina que nos permita determinar exacta, objetiva y definitivamente el peso de cada derecho.

Lo que obliga a los participantes en el debate práctico es una fuerza vinculante de un tipo de razones que se supone deben convencer igualmente a todos los demás, no solo razones que reflejan preferencias mías o de otras personas, sino razones a la luz de las cuales todos los participantes podrían descubrir conjuntamente, frente a cualquier cuestión que necesitara regulación, qué tipo de

práctica responde igualmente a los intereses de todos. Por supuesto, la autoconciencia y la capacidad de adoptar una actitud reflexiva hacia las propias creencias, los deseos, las orientaciones axiológicas y los principios, incluso el propio proyecto vital en conjunto, son requisitos necesarios para el discurso práctico. Igual importancia, sin embargo, tiene otro requisito. Los participantes deben estar dispuestos, en el momento en el que entran en tal práctica argumentativa, a cumplir con las expectativas de cooperación en la búsqueda del tipo de razones que también resulten aceptables para otros y, aún más, a dejarse influir y motivar ellos mismos en sus respuestas de “sí” o “no” por estas razones, y solo por estas. (Habermas).

La idea básica de la Teoría del Discurso es la de poder discutir racionalmente sobre problemas prácticos, con una pretensión de rectitud. Bajo problemas prácticos se debe entender problemas que conciernen a lo que es debido y prohibido, y lo que es permitido, bueno y malo. Con esto intenta la teoría del discurso ir por un camino medio entre teorías objetivistas y cognitivistas, de una parte, y subjetivistas y no cognitivistas, de la otra. Su punto de partida es el discurso práctico general. Discursos prácticos generales no son argumentaciones institucionalizadas sobre lo qué es ordenado, prohibido y permitido, así como tampoco acerca de qué es bueno y malo. Un discurso práctico es racional, cuando en él se llenan las condiciones de argumentación práctica racional. Al satisfacerse esas condiciones, el resultado del discurso es correcto. La teoría del discurso es por eso una teoría procesal de corrección práctica. (Alexy).

■ Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría del Discurso y Derechos Humanos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- **ALEXY, Robert.** *Teoría de la Argumentación Jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- **HABERMAS, Jürgen.** *La Ética del Discurso y la Cuestión de la Verdad.* Paidós. Barcelona, 2003.

DISPOSICIÓN NORMATIVA

Enunciado lingüístico previsto en un cuerpo normativo, como la Constitución o la Ley, que al ser un engranaje de palabras conforme a la sintaxis y expresado en un texto, requiere de una labor de interpretación para aprehender los significados que se puedan extraer.

Desde una concepción cognitiva de la interpretación, las disposiciones normativas están potencialmente dotadas de una pluralidad de significados, por lo que es posible un haz de interpretaciones como resultado; y en esta línea, por la disposición normativa se conocen sus significados. En cambio, desde una concepción escéptica, la interpretación es un acto de voluntad de atribución de significados, con lo que la generación de normas a través de la interpretación es parte del proceso de producción del Derecho.

■ Enunciados interpretativos

Son oraciones que integran en su sintagma nominal a la disposición normativa, y en el sintagma verbal a la

norma extraída como significado. De tal forma que la estructura del enunciado interpretativo es: “La disposición normativa *D* tiene como significado la norma *N*”.

Bibliografía consultada

- **GUASTINI, Riccardo.** “Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación”. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante (editora). Palestra, Lima, 2010.
- **LIFANTE, Isabel.** “Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica”. En: *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante (editora). Palestra, Lima, 2010.

DISTRITOS ELECTORALES

Una de las variables que en todo sistema electoral juega un papel fundamental en el proceso de transformación de votos en representantes o escaños son los “distritos o circunscripciones electorales”. Un distrito o circunscripción electoral es aquella base formada por un *conjunto de electores*, a partir de cuyos votos se procede a la asignación o distribución de los escaños que han de integrar un determinado órgano colegiado que por lo general es el Parlamento. Esta variable, cuya elevada importancia genera muchos debates políticos, tiene la capacidad de hacer variar los resultados de cualquier fórmula electoral.

En la mayoría de casos, este conjunto de electores está agrupado sobre una base territorial, sin embargo, esto no necesariamente es así, por ello no compartimos la definición dada por Fernández Segado, en el sentido de que “la circunscripción electoral es aquel territorio dentro del cual los votos de los

electores se transforman en escaños”, no porque sea equivocada, sino porque podría llevar a confundir grupo de electores con territorio. Igualmente, los distritos electorales no deben confundirse con demarcaciones establecidas para otras operaciones electorales: por ejemplo, con el colegio y mesa electoral que agrupa a los electores para realizar la votación y el primer escrutinio de los votos. O con otro tipo de demarcaciones que sirven –en algunos sistemas– para la presentación de candidaturas.

Se dice que hay “distrito electoral único” cuando se considera a toda la población electoral de un Estado como una circunscripción única, es decir, cuando todos los escaños parlamentarios han de ser distribuidos dentro un mismo y único grupo de electores (distrito electoral). En cambio, se dice que hay “distrito electoral múltiple”, cuando toda la población electoral de un Estado, se encuentra dividida, ya sea por parámetros demográficos y/o territoriales, en varios grupos o circunscripciones electorales, a cada uno de los cuales le corresponderá elegir proporcionalmente un determinado número de representantes al Parlamento (escaños).

Este último caso es el más común en los Estados, quienes recurren a diferentes criterios para realizar esa delimitación: a) *por demarcaciones preexistentes*, cuando se adoptan como distritos electorales a las demarcaciones previamente establecidas para otras nociones político-administrativas: provincias, departamentos, estados, regiones, municipios, etc., ya sea singularmente consideradas, ya sea agrupando algunas de ellas. En otras palabras, consiste en “asignar un número

de escaños a la unidad política administrativa (...) de acuerdo a su tamaño poblacional"; b) *por demarcaciones electorales especialmente delimitadas*, cuando se configuran demarcaciones electorales específicas, diferentes de las existentes para actividades administrativas, fiscales u otras. Se trata, en este caso, de delimitar las circunscripciones atendiendo al principio de mantener una relación igual entre representantes y población (un hombre = un voto), por lo que se requiere de un conocimiento muy exhaustivo de la geografía y demografía del país, así como de un permanente ajuste de los límites de la circunscripción.

Bibliografía consultada

- **FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.** *La representatividad de los sistemas electorales.* IIDH-CAPEL, Costa Rica, 1994.
- **NOHLEN, Dieter.** *Sistemas Electorales y Partidos Políticos.* Tercera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- **TUESTA SOLDEVILLA, Fernando.** *Circunscripciones electorales. Precisiones y propuestas, Taller de discusión: La Reforma del Distrito Electoral para la Elección del Congreso.* IDEA-NDI-Centro Carter-Transparencia, Lima, octubre de 2001.
- **VALLES, Josep y BOSCH, Agustí.** *Sistemas electorales y gobierno representativo* Ariel, Barcelona, 1997.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La doctrina jurisprudencial es el conjunto de criterios interpretativos emitidos de forma reiterada por el Tribunal Constitucional, para solucionar un caso

concreto (Exp. N° 4853-2004-PA/TC), los cuales son necesarios para la adecuada protección de la seguridad jurídica, la igualdad y la imparcialidad u objetividad jurisdiccional. Por ello, más allá de la mera eficacia individual de cada uno de estos pronunciamientos (dirigida a las partes), se tiene un conjunto de documentos plenamente vinculantes (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales. Es decir, que en estos documentos se contiene parte del Derecho objetivo. Este modelo supone que la incorporación al derecho objetivo de las normas que los jueces constitucionales utilizan para poder resolver los casos (y que no se han incorporado al Derecho objetivo por otra vía, como puede ser, por ejemplo la legislación) se produce no por el hecho de que la autoridad jurisdiccional haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio, sino por reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio. Por ello, es común recurrir a la expresión "línea jurisprudencial" en lugar de precedente.

La incorporación de normas generales se produce como consecuencia de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos (que son independientes entre sí y que por tanto, no pueden constituir un procedimiento). De esta forma, mientras que la producción del resultado institucional "sentencia" se halla bajo el control del juez, la creación de una doctrina jurisprudencial, no. Los actos normativos del juez son, en este aspecto, meramente contribuyentes a la producción del resultado institucional "jurisprudencia". El requisito de reiteración de

sentencias parece, pues, aproximar el modelo de jurisprudencia al mundo de las fuentes hecho.

Sobre reiteración, si bien es cierto que cierta parte de la doctrina considera que esta respondería a criterios cuantitativos previstos, otra parte estima que, el elemento de reiteración no puede ser entendido sino en el sentido de que la doctrina establecida ha de haber logrado un cierto grado de consolidación. En otras ocasiones el dato de la reiteración puede ser insuficiente. Así sucede cuando las diferentes sentencias dictadas sean titubeantes contradictorias, poco armónicas, producto de los tanteos propios de la aplicación de una norma reciente o demuestren una posibilidad razonable de rectificación o de evolución por la existencia de fundados votos particulares.

La fuerza vinculante de la doctrina jurisprudencial resulta de la propia posición del Tribunal: si este puede anular una ley por inconstitucionalidad ello

quiere decir que su interpretación prima sobre la ley que haya hecho sobre el legislador y sobre cualquier otra. Por ello mismo, cierta parte de la doctrina considera que, en rigor, solo el Pleno es el que crea doctrina, no sus salas, pues la posición de intérprete supremo de la Constitución corresponde a aquel en cuanto puede imponer su interpretación a la del legislador, lo que únicamente es de la competencia del pleno.

Bibliografía consultada

- **AGUILÓ REGLA, Josep.** *Teoría General de las fuentes del Derecho.* Ariel, Barcelona, 2000.
- **DE OTTO, Ignacio.** *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.* Ariel, Barcelona, 1999.
- **FERRERES, Víctor y XIOL, Juan Antonio.** *El carácter vinculante de la jurisprudencia.* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

E

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

La ejecución de sentencias constitucionales constituye asunto medular no solo para lograr la eficacia de los derechos fundamentales (perspectiva subjetiva), sino también para medir el grado de desarrollo cultural de un determinado país con relación al respeto de sus Instituciones (perspectiva objetiva), en buena cuenta medir el grado de cumplimiento de las sentencias puede constituirse en el baremo sobre el grado de sujeción del poder al Derecho.

■ Etapa de ~

Una vez obtenido una sentencia firme, esta debe ser ejecutada en sus propios términos y en el plazo debido, motivo por el cual en la etapa de ejecución, no pueden resolverse cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo, por lo que los pronunciamientos dictados en ejecución se han de ajustar a las declaraciones que la sentencia contenga, es decir que no modifiquen, ni alteren o decidan nuevos derechos, ni amplíen o reduzcan los términos de la resolución cuyo cumplimiento vincula a las partes y al propio

órgano jurisdiccional. Por tanto, en esta etapa la propia sentencia es la que marca el ámbito de lo que ha de ser ejecutado. Para ello, no solo debe tenerse en cuenta la literalidad del fallo, sino debe interpretarse de acuerdo con los fundamentos jurídicos de las sentencias y con las pretensiones del recurrente, es decir, dentro de su propio contexto.

La naturaleza del proceso constitucional obliga a que el juez sea lo menos formalista posible, a fin de lograr su ejecución sin un ritualismo formalista enervante, desproporcionado y no favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. Asimismo, este derecho, como ha sido visto, impone al juez constitucional la adopción de medidas oportunas y necesarias para llevar el cumplimiento del fallo.

La ejecución de sentencias varía tratándose de aquellas emitidas en procesos de control normativo, de las emitidas en los procesos de tutela de las libertades.

■ ~ en procesos de control normativo

En este tipo de procesos se ha establecido que aquellas sentencias que

estimen una demanda de inconstitucionalidad tienen plenos efectos jurídicos anulatorios generales desde el día siguiente de la publicación en el diario oficial, y carecen de efectos retroactivos salvo en materia penal y tributaria (cfr. artículo 204 de la Constitución y artículo 81 del Código Procesal Constitucional); y, en caso de desestimar una demanda de inconstitucionalidad, debe entenderse que dichos pronunciamientos también tienen la autoridad de cosa juzgada, por tanto contra ellos no cabe impugnación posterior alguna (de acuerdo al artículo 104.2, 121 del Código Procesal Constitucional). Ello también aplicable para las sentencias interpretativas.

~ en procesos de tutela de derechos

Los mandatos emitidos son para los particulares, funcionarios del Estado e inclusive para el propio juez de ejecución. El Código Procesal Constitucional (CPConst.) ha establecido mecanismos de “presión” para el cumplimiento de decisiones constitucionales, entre ellas tenemos a la: actuación inmediata de la sentencias (segundo párrafo del artículo 22 CPConst.), sentencia ampliatoria (cuarto párrafo del artículo 59 del CPConst.), represión de actos homogéneos (artículo 60 del CPConst.), adopción de medidas coercitivas como las multas compulsivas y destitución de funcionarios (22 del CPConst.), inicio de procedimientos administrativos (artículo 59 de CPConst.) hasta la responsabilidad penal (artículo 8 del CPConst.).

Bibliografía consultada

- **COMISIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.** “Actos lesivos homogéneos. Informe al Pleno del tribunal Constitucional”. En: *La sentencia constitucional en el Perú*. Gerardo Eto Cruz (coordinador). Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2010.
- **GRANDEZ CASTRO, Pedro.** “La ejecución de la sentencia constitucional”. En: *La sentencia constitucional en el Perú*. Gerardo Eto Cruz (coordinador), Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2010.
- ▶ **Voces relacionadas:** Actuación inmediata de sentencia impugnada, Derecho a la ejecución de sentencias.

ELECCIONES

La elección puede definirse, con un significado neutro, como una técnica de designación de representantes, acepción en la que no se toman en cuenta la influencia de los sistemas electorales, los dispositivos legales que la regulan o sus modalidades. Desde un significado ontológico, implica el acto de elegir, pero además debe generar en el elector la posibilidad real de optar libremente entre ofertas políticas diferentes, con vigencia efectiva de dispositivos legales que garantizan los derechos de participación política. Por tanto, se trata de un acto democrático para designar a los representantes del pueblo.

Al plantear una clasificación de las elecciones, es posible formularla desde distintos criterios, tales como el ámbito geográfico que comprenden, el órgano representativo al cual corresponde, el tiempo en que se realizan, y la libertad de elegir del ciudadano.

En ese sentido, en relación con el ámbito geográfico, es posible identificar elecciones nacionales, subnacionales (que incluye a las regionales y municipales) y supranacionales (como es el caso de la elección al Parlamento Andino).

En lo referente al órgano para el cual generan representación, se distingue entre elecciones unipersonales y elecciones pluripersonales, que, según cada cargo por elegir, pueden ser presidenciales, parlamentarias (unicamerales o bicamerales), regionales y municipales.

En función del tiempo en que se realizan, es posible que más de una coincida en la fecha de la realización del acto electoral (simultáneas), así como en los periodos de duración del cargo (“simultaneidad perfecta”), o bien que se realicen en momentos independientes (no simultáneas), frente a la aplicación de elecciones intermedias de renovación completa o parcial. Sin embargo, para atribuir este carácter de “simultánea” a las elecciones, el único criterio no es su realización en la misma oportunidad, sino que también se puede tomar en cuenta si se emplea una única cédula de sufragio o más de una, o si con el mismo voto se elige a uno solo o a varios órganos.

La valoración del grado de libertad de elegir del ciudadano entre las diferentes opciones políticas existentes, garantizada por normas jurídicas efectivamente aplicadas, deriva en que las elecciones puedan clasificarse como competitivas (propias de los sistemas democráticos), mientras que de encontrarse ello limitado en algún grado se constituyen en elecciones semicompetitivas (características de los sistemas autoritarios), y como no competitivas en el supuesto de encontrarse completamente restringida esta

libertad (presentes en los sistemas totalitarios).

Las elecciones (competitivas) tienen trascendental importancia, pues sirven como mecanismos para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de sufragio activo, es decir, elegir libremente entre las distintas opciones políticas existentes (propuestas por las diferentes organizaciones políticas) que pugnan de manera abierta por acceder a los cargos en los niveles de gobierno, con la potencialidad de renovación o cambio de quien gobierna. El empleo de las elecciones genera además la legitimación del acceso al poder de estas autoridades.

Con su realización, las elecciones constituyen un mecanismo que favorece la representación, incluso si esta última es entendida como “mandato” (por permitir seleccionar a buenas políticas o políticos que están asociados a ciertas políticas) o como “responsabilidad” o “*accountability*” (al hacer responsables a las autoridades de sus acciones pasadas, según proceda o no su reelección o de postulantes afines a ello, en términos ideológicos o personales).

De otro lado, las funciones de las elecciones se centran en 3 grandes aspectos: configuran la estructura del sistema social (los diferentes estratos y su posible movilidad, la coexistencia o conflicto entre grupos diversos), delimitan la estructura del sistema político (el sistema de gobierno, la forma de Estado y las modalidades de regulación de conflictos en esta distribución del poder) y también la estructura del sistema de partidos (en función de su número, tamaño, tipo, las convergencias o distancias ideológicas entre ellos y su grado de institucionalización). El objetivo, tanto del propio

acto electoral como del escrutinio, es traducir la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y ser el reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa y secreta, labor en la cual deben colaborar, en su ámbito de competencia, los organismos electorales: Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (artículo 176 de la Constitución).

Ahora bien, para la realización de las elecciones, se estructura el denominado “proceso electoral”, que involucra una serie concatenada de actos desde la etapa preparatoria (que inicia con la convocatoria al proceso), la etapa constitutiva (la realización del acto electoral propiamente dicho, con sus etapas de instalación, sufragio y escrutinio, que concluyen con el cómputo y valoración de los resultados por los organismos electorales competentes) y la etapa integrativa de eficacia, en la cual se asignan los escaños o posiciones en los distintos cargos, luego de las operaciones matemáticas y técnicas respectivas (“sistema electoral”) y dichos resultados son proclamados, con carácter oficial, por el organismo competente (en el caso peruano, el Jurado Nacional de Elecciones).

Finalmente, debe precisarse que el término “elecciones” se emplea también para procesos de diversa índole que, luego de una competencia que comprende la emisión del voto por una determinada colectividad, culmina en que determinadas personas, con mayor cantidad de votos a su favor, resulten las que deberán ejercer la función o cargo sometido a contienda (aunque no tenga índole pública).

Bibliografía consultada

- **ANTILLÓN, Walter.** “Proceso electoral”. En: *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Asesoría y Promoción Electoral (<<http://www.iidh.ed.cr/capel/index.htm>>).
- **FERNÁNDEZ BAEZA, Mario y NOHLEN, Dieter.** “Elecciones”. En: *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Asesoría y Promoción Electoral (<<http://www.iidh.ed.cr/capel/index.htm>>).
- **MANIN, Bernard y otros.** “Elecciones y representación”. En: *Zona Abierta*. 100/101, 2002.
- ▶ **Voces relacionadas:** *Derecho de sufragio, Democracia, Organizaciones políticas, Sistema electoral.*

ESFERA DE LO INDECIDIBLE

Dentro de las muchas y variadas construcciones teóricas que intentan explicar el carácter preeminente de los derechos fundamentales en relación a la política ordinaria, destaca la figura de la “esfera de lo indecible”, acuñada por Luigi Ferrajoli. Entiende por tal a aquel conjunto de principios que, en democracia, se encuentra sustraídos a la voluntad de las mayorías. En su concepto, dicha noción difiere de otras aparentemente similares (como el “coto vedado” de Garzón Valdés o el “territorio inviolable” de Bobbio) en varios aspectos, que se encarga de precisar.

En primer lugar, aduce que su construcción es eminentemente *jurídica*, antes que filosófico-política. Ello es consecuencia del carácter rígido de la Constitución que está en la base de esta

noción. En segundo lugar, la “esfera de lo indecible” no designa solo el espacio o territorio prohibido, sino también el espacio obligado (vale decir, lo que “no puede dejar de ser decidido”), exigencia que se concretiza en la garantía de los derechos sociales. En tercer lugar, la indecidibilidad no solo abarca a los poderes públicos, sino también a los privados (concretamente, a los “poderes salvajes del mercado”), propiciando de este modo un constitucionalismo de derecho privado. Y finalmente, señala el autor, existe una íntima relación entre la esfera de lo que no puede decidirse y la idea de una democracia sustancial (antes que meramente procedimental).

Ferrajoli acompaña esta noción, (o, mejor, la complementa) con una teoría sobre la división de poderes, basada principalmente en las competencias que, a su juicio, terminan siendo rebasadas por la acción estatal pluriforme y expansiva que viene exigida por las políticas públicas en materia social. A su modo de ver, la clásica división de poderes resulta hoy insuficiente para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública en las democracias contemporáneas, cuyas funciones no se encuadran más a la perfección en ninguno de los tres poderes ideados por Montesquieu. Y es que, a decir de Ferrajoli, si hay algo que estas funciones de garantía requieren, no es precisamente dependencia y control, sino independencia de las funciones de gobierno.

De ahí que para Ferrajoli sea necesario distinguir entre “funciones de gobierno” y “funciones de garantía”. Bajo este esquema, las “funciones de gobierno” diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia

y la unidad de los resultados obtenidos para la satisfacción de los intereses generales; las “funciones de garantía”, en cambio, corresponden al ámbito de la jurisdicción y de la administración vinculada, cuyos criterios de valoración son la corrección y el fundamento de las constataciones de sus presupuestos legales y la efectividad de las tareas exigidas.

Así las cosas, mientras la *fuerza de legitimación* de las funciones de gobierno es la representación política (*auctoritas non veritas facit legem*), la de las funciones de garantía, propia de los jueces, es la rígida sujeción a la ley que estos están obligados a aplicar (*veritas non auctoritas facit iudicium*). De este modo, la tesis de Ferrajoli sobre la división de poderes sostiene que estos deben estar separados y ser recíprocamente independientes, en atención a sus distintas fuentes de legitimación.

Bibliografía consultada

- **FERRAJOLI, Luigi.** “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. En: *Estudios Constitucionales*. Año 6, N° 1, 2008.
- **FERRAJOLI, Luigi.** *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo 1: *Teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2011.

ESTADO

La palabra “Estado” como sustituto de los términos tradicionales (*civitas* o *re-pública*) con los que había sido designada hasta entonces la máxima organización de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder de mando, se impuso por la difusión y el prestigio de *El Príncipe* de Nicolás de Maquiavelo (publicado en 1513). Pero a

este importante aporte teórico, al menos respecto al concepto moderno de Estado, es imprescindible agregar el de Jean Bodino, a partir del cual el concepto de soberanía se reveló como el instrumento adecuado para la integración de los poderes feudales y estamentales en una unidad superior, el Estado.

Pero si de definir el Estado se trata, incluso quien considera que el concepto de Estado y la correspondiente teoría deban ser tan amplios que abarquen ordenamientos diferentes del Estado moderno y anteriores a él, no pueden dejar de plantearse el problema de si el Estado existió siempre o si es un fenómeno histórico que aparece en un cierto momento de la evolución de la humanidad. Hay quienes consideran que el Estado, entendido como ordenamiento político de una comunidad, nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa). Mientras que un grupo importante de juristas e historiadores contemporáneos consideran que el nacimiento del Estado señala el inicio de la época moderna. Estos últimos, negando el concepto abstracto y atemporal del Estado afirman que este tiene una situación en el espacio y en el tiempo, que su marco es occidental, europeo y que, habiendo nacido a fines de la Edad Media, se afianza en el renacimiento y adquiere su plena forma en el siglo XIX; precisando más, sostienen que la praxis de estos primeros Estados está íntimamente ligada con la aparición de las primeras monarquías absolutas en Inglaterra (Enrique VII Tudor), Francia (Luis XI) y España

(Reyes Católicos), que consiguen la unificación de sus respectivos territorios. No obstante, existen también posiciones teóricas que identifican la noción de Estado con el Estado liberal, negando dicha condición a las formas políticas existentes con anterioridad.

Lo que sí es innegable hoy, es que a la hora de definir el concepto de Estado se suele acudir a determinados criterios, como son la idea de una comunidad organizada en un territorio, la existencia de un orden jurídico y de un poder autónomo, es decir, el concepto por excelencia de Estado es aquel que se esgrime mediante sus tres elementos constitutivos: pueblo, territorio y soberanía y, en tal sentido, el Estado es "un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él" (Mortati). Sin embargo, desde el punto de vista kelseniano también se puede definir al Estado como la unificación de una comunidad bajo leyes jurídicas o, lo que es lo mismo, como la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional), esto porque desde esa postura no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el "Estado" y su "orden legal"; entonces, el Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye (reducción del Estado a ordenamiento jurídico).

Por otro lado, las formas de Estado más extendidas en la actualidad podemos caracterizarlas señalando que: a) En el Estado unitario existe una sola estructura de poder sobre todo el territorio,

generalmente compuesta por un jefe de Estado, un Parlamento, un gobierno y una organización judicial. Por tanto, todos los ciudadanos, de todo el territorio, están vinculados por las mismas leyes, las mismas decisiones de gobierno y las mismas sentencias judiciales. Es el reino de la igualdad de derechos entre ciudadanos. Por ejemplo, en Perú las mismas leyes se aplican a todos los ciudadanos en todos los rincones del Estado. En este tipo de Estado todas las normas son producidas centralmente, es el grado cero de la descentralización (solo hay una Constitución central y leyes centrales); b) En el Estado federal existen dos niveles de instituciones, la federación por una parte (Presidente, Parlamento y gobierno federales, así como los tribunales superiores), y los Estados por otra (Presidente, Parlamento y gobierno de cada uno de los Estados federados, así como los demás tribunales). Por ejemplo, en Estados Unidos, el Congreso aprueba en algunas materias leyes federales que obligan a todos los ciudadanos, pero los Parlamentos de los Estados de Nueva York o de California también aprueban leyes sobre otras materias que obligan a sus ciudadanos. En este tipo de Estado está parcialmente descentralizada la producción de normas no solo legislativas, sino también constitucionales (hay una Constitución central y diversas locales, y hay leyes centrales y locales).

Bibliografía consultada

- **AJA, Eliseo.** *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Segunda edición, Alianza, Madrid, 2003.
- **BOBBIO, Norberto.** *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*. Duodécima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

- **KELSEN, Hans.** *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Maynez, quinta reimpresión a la segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.

▶ **Voz relacionada:** Descentralización.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Es una técnica que permite a un órgano jurisdiccional, específicamente al Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional, extender los efectos de una sentencia a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso, pero que se encuentran en la misma situación que ha sido identificada como inconstitucional. Entonces, la característica esencial de la declaración de una determinada situación como un “estado de cosas inconstitucional” es que permitirá que se extiendan los alcances *inter partes* de la sentencia (STC Exp. N° 2579-2003-HD).

Para declarar la existencia de un “estado de cosas inconstitucional”, el órgano jurisdiccional verifica si la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, que motivó la interposición de la demanda, puede afectar a otras personas que sean ajenas al proceso. Tales afectaciones suelen derivar de un único acto o, en todo caso, de un conjunto de actos interrelacionados entre sí; de lo contrario, la declaración sería sumamente imprecisa y difícilmente resultaría efectiva. Asimismo, como consecuencia de esta declaración, el órgano jurisdiccional efectúa un requerimiento a uno o varios órganos públicos a fin de que, en un plazo determinado, realicen o dejen de realizar la acción u omisión incompatible con la Constitución.

Admitir que el Tribunal Constitucional tiene esta facultad es un tema polémico, sobre todo si se tiene en cuenta que esta técnica no ha sido regulada en ningún cuerpo normativo sino que ha sido incorporada jurisprudencialmente. Su implementación revela, por tanto, la existencia de un Tribunal más activo, que no se limita a resolver el caso concreto sino que busca dar soluciones a problemas de mayor magnitud.

Cabe precisar que esta técnica proviene de la experiencia colombiana y que encuentra su justificación en la doble función que, en la actualidad, han de cumplir los derechos fundamentales (la denominada “doble dimensión” de los derechos fundamentales), pues han dejado de ser concebidos como meros límites al ejercicio del poder político para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos. Por esta razón, en algunas ocasiones, el juez constitucional no se limitará únicamente a garantizar que el derecho fundamental invocado por el demandante sea tutelado en el marco de un caso concreto, sino que, además, evaluará la raíz del problema a fin de prevenir que la misma vulneración se configure sucesivamente afectando a una pluralidad de personas, situación que sería contraria a la Constitución.

Asimismo, esta técnica constituye una manifestación del principio de economía procesal, que alude al ahorro del gasto, tiempo y esfuerzo que se realizan en un proceso, pues será innecesario que todas las personas afectadas presenten sus respectivas demandas a fin de obtener protección para sus derechos fundamentales amenazados o vulnerados. En efecto, en virtud de esta técnica, bastará

que el estado de cosas inconstitucionales haya sido declarado como tal por el Tribunal Constitucional para que tenga efectos generales.

Finalmente, una declaración de este tipo se efectúa también en el marco del deber de colaboración que tiene el Tribunal Constitucional con los restantes órganos y poderes del Estado.

Bibliografía consultada

- VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado ‘Estado de cosas inconstitucional’”. En: *Estudios constitucionales*. Año 1, número 1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2003.

ESTADO DE DERECHO

La expresión “Estado de Derecho” (*Rechtsstaat*) aparece por primera vez en la obra de Robert von Mohl *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, publicada en 1832-1833. El Estado de Derecho se institucionaliza de modo coherente y con un cierto carácter general tras la Revolución francesa en los Estados liberales.

Se habla de Estado de Derecho *formal* para señalar aquel diseño racional que coloca al Estado bajo el imperio o gobierno de la ley por oposición a un Estado bajo el régimen de la fuerza o gobierno de los hombres y, por ello mismo, como aquel Estado cuyo eje fundamental es el principio de legalidad *formal*. Con ello, sin embargo, no se abandona aún la idea de un simple modelo teórico al que aún no se asigna contenido material alguno, pues este dependerá a su vez

del contenido sustantivo, visión política o ideología que recoja esa ley (voluntad general) que gobierna.

Así, por ejemplo, la ley positiva puede ser expresión de la voluntad absoluta –intereses– de un individuo, de un estamento o de una clase determinada; en cuyo caso ni siquiera se puede hablar de Estado de Derecho formal, dado que no se cumple con el presupuesto central de ese modelo estadual, cual es que la ley emane de un legislador que exprese la voluntad general del pueblo soberano.

Pero, incluso cumpliéndose con este requisito formal, la ley positiva puede recoger la voluntad de un Ejecutivo solapado en un parlamento sometido, con ausencia material de un régimen de división de poderes que evite su concentración, con inexistencia de garantía y protección real de los derechos humanos, y con libertades prácticamente anuladas. Es decir, pueden concurrir todas las formas de un Estado de Derecho y, sin embargo, estar ausentes los contenidos materiales que este exige. Esto es precisamente lo que acontece con varias de las dictaduras contemporáneas que, por supuesto, nunca aceptan expresamente esa ausencia o incluso negación de contenidos sustantivos.

Contenidos que nos permiten hablar ahora de un “Estado de Derecho material o fuerte” que, como se podrá apreciar, no es una contraposición ni mucho menos una negación del “Estado de Derecho formal o débil” –pues sus bases siguen asentadas en el imperio formal de la ley–, sino un complemento necesario que le dota de contenido para darle sentido en sus diferentes facetas de desarrollo, desde el Estado de Derecho liberal hasta el Estado Constitucional o neoconstitucionalismo de nuestros días.

En efecto, el primer Estado de Derecho material que se hace presente en la historia, razón por la que también se ha convertido en su paradigma, ha sido el “Estado de Derecho liberal” que se instaura luego de la Revolución francesa con un contenido que responde a la ideología burguesa de entonces, imbuida del pensamiento ilustrado. Esto es precisamente lo que ha dado lugar a que cuando se hace referencia al “Estado de Derecho” sin una ulterior especificación, inmediatamente se le identifique con el Estado liberal y sus valores, lo que por supuesto constituye un reduccionismo equivocado, pues también el Estado Social, el Democrático e incluso –tal como acabamos de referir– el Constitucional, son formas de Estados de Derecho material.

El mayor aporte del Estado de Derecho liberal es que a partir de su nacimiento no se cuenta ya solo con un modelo teórico de Estado de Derecho, sino con un referente real, concreto, históricamente observable y verificable, que por ello mismo reúne tanto elementos *formales*: a) soberanía y poder legislativo en manos del pueblo (fruto del contrato social); b) voluntad del legislador expresado en la ley (condiciones del contrato); c) imperio de la ley y ausencia total de controles sobre ella (por ser expresión de la racionalidad de la voluntad general); como elementos *materiales* de contenido: a) efectivo régimen de separación de poderes; b) garantía y protección real de los derechos humanos; y, c) libertades vigentes.

Bibliografía

- **BÖCKENFORDE, Ernst W.** *Estudios sobre el Estado de Derecho*. Trotta, Madrid, 2000.
- **DÍAZ, Elías.** *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Grupo Santillana, Madrid, 1998.

ESTADO DESCENTRALIZADO

Ver: Estado, Descentralización.

ESTADO FEDERAL

Ver: Estado Descentralización.

ESTADO UNITARIO

Ver: Estado, Descentralización.

ESTADO LAICO, NEUTRO Y ACONFESIONAL

Según el artículo 50 de la Constitución, la religión católica es reconocida como un elemento importante en la “formación histórica, cultural y moral del Perú”, por lo que el Estado le presta su colaboración (si bien proclama su independencia y autonomía); cooperación esta que también puede establecer con otras confesiones.

En ese contexto, el *principio de laicidad* supone que el Estado es incompetente en materia religiosa, siendo esta un asunto privado de cada persona (de hecho, mantener esa esfera privada alejada del accionar estatal corresponde a la dimensión interna del derecho a la libertad religiosa). Lo contrario sería asumir un Estado confesional que impone a los individuos, de modo perfeccionista, un credo determinado, por considerarlo superior a los demás.

El *principio de neutralidad*, por su parte, prohíbe al Estado adoptar políticas que contradiga su condición aconfesional o laica (esto es, le veda tomar parte por una o más religiones). Lo que se discute

en la doctrina, sin embargo, es si la neutralidad debe ser eminentemente *pasiva* (esto es, un deber estatal de abstención absoluto en materia religiosa) o también *activa* (vale decir, un Estado que posibilite, a través de determinadas garantías, el ejercicio de tales creencias, como sería el caso de la asistencia religiosa en los hospitales o la formación religiosa en los colegios públicos. Esta problemática traza, a su vez, una distinción esencial entre el aconfesionalismo (que comulga bien con la neutralidad como dato inherente a un Estado no perfeccionista) y el anticonfesionalismo (que, por el contrario, ve en el Estado a un ente que rechaza el factor religioso en la sociedad, o le es indiferente).

Para algunos autores, el modelo de *Estado neutral o laico*, en realidad, es aquel punto intermedio entre un Estado hostil o beligerante contra las religiones (Estado laicista) y un Estado que las valora y ayuda positivamente. Dicho modelo permite apuntar al ideal dworkiniano de la igual consideración y respeto por los ciudadanos, pues a todos se les otorga el mismo trato sin tomar en cuenta el credo que profesen. Ciertamente, esta postura no niega la posibilidad de que el Estado lleve a cabo una función promocional del factor religioso (singularmente, el caso del principio de colaboración), pero a condición de que ella utilice la técnica de la facilitación, mas no de la incentivación (o de la incentivación sujeta a ponderación con otros principios) (Ruiz Miguel).

Pese a lo dicho, es preciso destacar que el Tribunal Constitucional ha entendido que, ni la libertad religiosa ni el principio de laicidad estatal se ven afectados cuando se respetan expresiones que “aunque en su origen religiosas, forman

parte ya de las tradiciones sociales de un país”, como es el caso de la presencia de crucifijos y biblias en los tribunales nacionales [SSTC N°s 05416-2009-PA/TC y 6111-2009-PA/TC]

Principio de colaboración estatal

Pese a los principios de laicidad y neutralidad, la Constitución reconoce que el Estado “presta su colaboración” con la Iglesia católica, lo que también “puede” hacer con otras confesiones. En concepto del Tribunal Constitucional, el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas, que la Constitución reconoce, revela que nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones, siendo que constituye un “lugar de encuentro equidistante” entre ambas posturas (STC Exp. N° 05416-2009-PA).

A nivel doctrinario, se ha discutido si acaso el hecho de que la colaboración entablada entre el Estado peruano y la Iglesia católica se configure como una colaboración “entre Estados” (singularmente, entre el Estado peruano y el Estado vaticano), no exigiría implementar “acciones afirmativas” a favor de credos que, siendo distintos al católico, no tienen a un Estado que los respalde y pueda influir en el procedimiento y resultado de los acuerdos de cooperación.

Bibliografía consultada

- **MOSQUERA MONELOS, Susana.** *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico europeo.* Universidad de Piura, Piura, 2005.

- **RUIZ MIGUEL, Alfonso.** “Para una interpretación laica de la Constitución”. En: RUIZ MIGUEL, Alfonso y NAVARRO-VALLS, Rafael. *Laicismo y Constitución.* Fundación Coloquio Jurídico-Europeo, Madrid, 2009.

EUTANASIA

La eutanasia puede ser entendida como la acción tendiente a privar de la vida sin sufrimiento físico a otra persona, a su requerimiento, o al menos con su consentimiento, y en su interés. Según Rey Martínez, el examen de la eutanasia es uno de los problemas más difíciles del Derecho Constitucional, en vista de que evoca un conflicto entre la prohibición de matar y la autonomía personal en relación con la propia existencia en un contexto de cercanía de la muerte o de intensos sufrimientos.

En un importante informe presentado ante la Suprema Corte de Estados Unidos de América, Ronald Dworkin, Robert Nozick y Thomas Nagel señalaron con relación a la eutanasia: “Cada individuo tiene derecho a tomar las decisiones más íntimas y personales para su dignidad personal y la autonomía. Ese derecho comprende el derecho de ejercer algún control sobre el tiempo y la forma de su muerte”. Frente a esta postura, se erigen otras posturas que asumen el carácter sagrado e indisponibilidad de la vida, fundamentando tal indisponibilidad, principalmente en razones religiosas. Cabe resaltar que el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Pretty contra Reino Unido* se ha negado a reconocer el derecho a morir (*right to die*) como la cara oscura del derecho a la vida (artículo 2 del Convenio de Roma).

En relación a la eutanasia es posible extraer una serie de elementos importantes que deberían encontrarse en una definición de eutanasia.

- Debe existir un requerimiento o al menos un consentimiento de quien será sometido al acto de eutanasia.
- La inexistencia de sufrimiento físico debe ser razonable, en comparación con el sufrimiento que se generaría de prolongar la duración de la vida.
- Debe realizarse en interés del sujeto pasivo de la eutanasia, y no de quien practica el acto o de terceros.

Se determina entonces que la definición del término "eutanasia" implica adoptar una posición respecto a tres elementos: a) la modalidad de la conducta, b) la voluntad del sujeto, y c) los móviles y circunstancias en que se produce la muerte. Así, podemos comprender los siguientes supuestos:

- **Eutanasia activa:** En este tipo de eutanasia lo central es la existencia de una conducta, una acción, un comportamiento, que influye negativamente sobre la duración de la vida del paciente.

Dentro de ella, se establece una subclasificación:

- **Eutanasia activa directa:** En el supuesto en que el médico aplica un determinado tratamiento que tiene por finalidad en sí mismo abreviar la vida del paciente.
- **Eutanasia activa indirecta:** Se genera en el caso en que el médico provee al paciente no de un "tratamiento" para que termine con su vida, sino sustancias propias para aliviar su sufrimiento, pero

que, en último término, también derivan en que la vida del paciente se abrevie.

- **Eutanasia pasiva:** En este tipo de eutanasia, por oposición a la eutanasia activa, se alude a la omisión en que se incurriría que derivaría en la muerte del paciente, al dejar de brindarle aquellos cuidados requeridos a efectos de prolongar la vida y/o no llevar a cabo aquellas medidas que permitirían mantenerlo con vida.

■ Derecho Penal y ~

Cabe señalar que en el Código Penal (1991) sigue un modelo de penalización de la eutanasia. El suicidio en nuestro ordenamiento es una conducta ilícita aunque, por obvias razones de política criminal, no se castigue (sí se hace, no obstante, respecto de diversas formas de participación de terceros en él. Así, se ha establecido como tipo penal el homicidio piadoso, el cual consistente en matar a un enfermo incurable quien le solicita al autor, de manera expresa y consciente, que le quite la vida para poner fin a sus intolerables dolores (artículo 112). Asimismo, se sanciona la instigación al suicidio, que consiste en instigar a otro persona al suicidio o ayudarlo a cometerlo (artículo 113).

■ Bibliografía consultada

- DE LORA, Pablo y GASCÓN, Marina. *Bioética. Principios, desafíos y debates*. Alianza, Madrid, 2008.
- DWORKIN, Ronald; NAGEL, Thomas; NOZICK, Robert; RAWLS, John and JARVIS THOMSON, Judith et al.

Assisted Suicide. The Philosophers' Brief. New York Review of Books, March 1997.

- **FARRELL, Martín Diego.** *La ética del aborto y la eutanasia.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.
- **REY MARTÍNEZ, Fernando.** "Eutanasia y derechos fundamentales". En: *Direito e Justiça. Reflexões Sociojurídicas.* Ano IX, N° 13, Novembro 2009.

EXTRADICIÓN

La extradición es un instituto jurídico que viabiliza la entrega de un reo o un condenado de un Estado a las autoridades judiciales de otro Estado. Según Hurtado Pozo, la extradición representa la ayuda interestatal en asuntos penales, siendo su finalidad el transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a otro.

En la Constitución de 1993 se establece en el artículo 37 que la extradición es concedida por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema de Justicia, el cual debe encontrar sustento en la ley nacional, los tratados y el principio de reciprocidad.

La Constitución establece la exclusión de la extradición en el caso de delitos políticos, dentro de los cuales no estarán comprendidos el genocidio, el magnicidio y el terrorismo. Asimismo, la extradición

no será concedida si el fin es perseguir y sancionar a una persona por motivos de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Ante delitos sancionados bajo el Derecho internacional, en el supuesto de que no se proceda a la extradición, en virtud de la norma consuetudinaria *aut dedere aut judicare* (extraditar o juzgar) un Estado no debe proteger a una persona sospechosa de haber cometido delitos internacionales; en lugar de ello, el Estado en cuestión tiene la exigencia de ejercer su jurisdicción sobre la persona de la que se sospecha que cometió un crimen internacional, o debe de entregarlo a un tribunal penal internacional que tenga jurisdicción sobre la persona y el delito.

El Tribunal ha tenido dos importantes casos referidos a la extradición. Así, en el caso Benavides Morales (Exp. N° 3966-2004-HC/TC) donde se estableció la interpretación del marco constitucional de la extradición. Asimismo, el Tribunal resolvió mediante un hábeas corpus negar la extradición del ciudadano chino (Exp. N° 02278-2010-PHC/TC) que era pasible de que se le aplique la pena de muerte si es que era extraditado.

Bibliografía consultada

- **COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL.** *La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare).* Amnistía internacional, Madrid, 2009.

F

FAMILIA ENSAMBLADA

Es una nueva forma de familia, constituida por la pareja (esposos o convivientes) y los hijos de por lo menos uno de ellos y, de ser el caso, hijos comunes. Esta modalidad, presente con gran asiduidad en la sociedad actual, se origina por diversos factores que alejan a las familias del modelo tradicional de familia nupcial, nuclear y patriarcal. Fenómenos como la aceptación del divorcio, el carácter cada vez menos religioso de las uniones familiares, las migraciones fuera incluso de las fronteras nacionales, la incorporación de la mujer en el mercado laboral, entre otros, coadyuvan a que, cada vez con más frecuencia, las personas tiendan a formar, luego de finalizado un primer compromiso, una segunda familia, a la que muchas veces llevan los hijos tenidos en su relación anterior. Ahora, es preciso destacar que una familia ensamblada puede originarse también como consecuencia de la preexistencia (en uno de los esposos o convivientes o en ambos) de una familia monoparental, donde el padre o madre forman una familia solo con su hijo y no necesariamente con una pareja; por lo que en este caso, no podría hablarse en estricto de “hijos provenientes de una relación anterior”.

El primer problema que plantea la existencia sociológica de este tipo de familias (ensambladas, monoparentales y las llamadas “uniones homoafectivas”) es si las mismas gozan de reconocimiento jurídico y constitucional. Si bien muchos países han procedido al reconocimiento legal de las mismas, en otros casos el reconocimiento ha sido por vía jurisprudencial, por derivación de ciertos principios constitucionales, mientras que en otros la resistencia a su reconocimiento ha sido férrea. Aquí es preciso recordar que el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho (...) a fundar una familia”, del mismo modo que el artículo 23 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos reconoce “el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia si tienen edad para ello”. Es decir, entre los derechos básicos que los pactos internacionales de derechos humanos reconocen –y a nivel de la literatura así se plantea– se encuentra el de poder formar una familia, como una necesidad humana básica de la persona, derivada de su propia capacidad afectiva. Por otro lado, si excluimos las determinaciones religiosas que imponen

cierto modelo familiar y alguna intención perfeccionista por parte del Estado, puede concluirse que la persona goza del derecho no solo a formar o fundar una familia, sino a elegir el modelo de familia que más se ajuste a sus convicciones, siempre y cuando –claro está– no se afecte normas básicas de convivencia social (se excluyen uniones entre padres e hijos o entre hermanos, por ejemplo).

El reconocimiento constitucional del derecho a fundar y elegir el modelo de familia que se desee no debe ser sin embargo –de acuerdo a la doctrina– meramente formal. Un principio esencial de igualdad de trato exige otorgar a cualquier modelo de familia, aceptado legalmente, los mismos derechos constitucionalmente reconocidos, así como crear una regulación legal que los proteja. Un primer ejemplo de discriminación en este aspecto se evidenciaba en el no otorgamiento de las pensiones de viudez al o la supérstite en las uniones de hecho, situación que fue corregida por el Tribunal Constitucional, el que reconoció la existencia de deberes no solo patrimoniales sino también personales entre los convivientes (STC Exp. N° 6572-2006-PA/TC). Lo mismo sucede en el caso de las familias ensambladas que no han sido objeto de regulación por parte del Estado, existiendo actualmente importantes vacíos respecto al parentesco por afinidad, los deberes especiales de cuidado y los deberes alimentarios (o de prestación familiar integral) (STC Exps. N°s 09332-2006-PA/TC, 6572-2006-AA/TC). Ello, a su vez, redundaba negativamente en el adecuado desenvolvimiento de las relaciones afectivas al interior de la familia ensamblada, donde los padres deben, respecto

de sus hijos biológicos y adoptivos, un trato igualitario, que permita lograr la armonía familiar y el reconocimiento externo como una sola familia.

Bibliografía consultada

- **GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y otros.** *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- **VÁSQUEZ PÉREZ, Hernesto.** “El deber alimentario en las familias ensambladas”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 35, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2010.
- **VEGA MERE, Yuri.** *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Familias de hecho, ensambladas y homosexuales*. Tercera edición, Motivensa, Lima, 2009.

FÓRMULA DEL PESO

Método para obtener el peso concreto de los principios puestos en conflicto por una medida examinada desde el principio de proporcionalidad. Después de pasar el filtro de los subprincipios de idoneidad y necesidad, la referida medida es sometida al examen de ponderación, que comprende a la ley de la ponderación y la fórmula del peso. En caso de empate, se recurre a la carga de la argumentación para justificar la prevalencia de la medida, con base en el principio *pro legislatore*, o, en su defecto, para fundamentar su inconstitucionalidad, en virtud del principio *pro libertatis*.

En la fórmula del peso, se atribuyen valores numéricos a las tres variables que esta fórmula comprende: (i) el grado de restricción –del principio no satisfecho (cuando exige acciones) o afectado (cuando exige omisiones) con la medida– o de realización –del principio optimizado por la medida–; (ii) el peso

abstracto de cada principio; (iii) y al grado de seguridad de las premisas empíricas. La asignación de los valores numéricos está supeditada a la justificación de cómo se califica el grado o el peso de las tres variables referidas. Si estos son leve (l), medio (m) o alto (a), se le asignará los valores 2^0 ; 2^1 ; 2^2 ; respectivamente. La progresión geométrica que representa esta secuencia de valores numéricos (1; 2; 4) refleja cómo los principios ganan cada vez más fuerza al aumentar la intensidad de la intervención. Más aún en el modelo triádico doble, en donde las calificaciones de las variables pueden ser ll, lm, la, ml, mm, ma, al, am, aa, el exponente de la base 2 puede variar del 0 al 9 (2^0 ; 2^1 ; 2^2 ; (...) 2^8), con lo que se denota el referido aumento de fuerza de los valores asignados a las variables referidas a los principios en conflicto –por ejemplo: a una afectación alta-alta (como cuando se vacía de contenido un derecho fundamental) se le asigna el valor $2^8=256$; diferencia importante en relación con un grado de optimización media-media, a la que se le asigna el valor $2^4=16$ –.

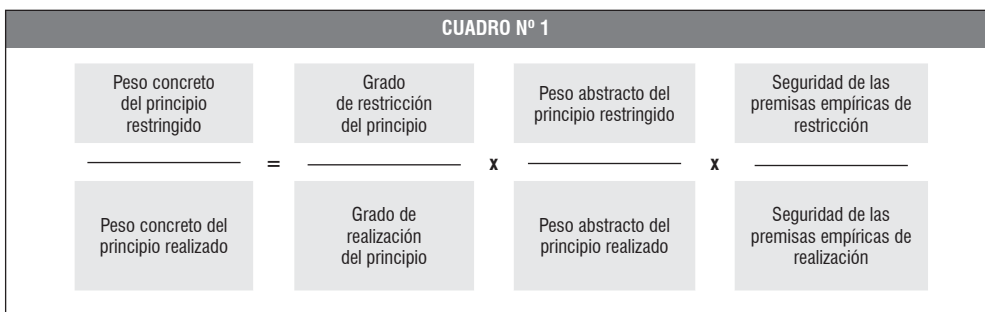
Las tres variables de la fórmula del peso tienen distintos conceptos. (i) El grado de restricción/realización del principio intervenido/optimizado es la asignación de los valores luego de examinar cómo la medida, en simultáneo, restringe la concreción de un principio, debido a que busca la máxima realización del otro

principio. (ii) El peso abstracto de cada principio es aquel asignado en relación con otros principios sin considerar las circunstancias del caso concreto. Si bien la premisa sobre la relación entre los principios-derechos reconocidos en la Constitución es no jerárquica, el sistema constitucional democrático da fundamentos suficientes para fundamentar que, por ejemplo, la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de acción. (iii) El grado de seguridad de los presupuestos empíricos es en qué medida, en función a constataciones fácticas que los hacen seguros, plausibles o falsos, la restricción/realización se produce, por lo que cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan su intervención. Por lo tanto, la fórmula del peso se grafica de la siguiente manera (ver cuadro N° 1).

La fórmula del peso extendida relaciona una pluralidad de principios en conflicto. Lo que se hace es realizar la misma operación, sumando los resultados de multiplicar las tres variables referidas con relación a cada principio restringido/realizado.

Bibliografía consultada

- ALEXY, Robert. "Postfacio". En: Teoría de la argumentación jurídica. Palestra, Lima, 2010.



FUENTES DEL DERECHO

La expresión “fuentes del Derecho” no es unívoca, constatándose una multiplicidad de definiciones y un desorden conceptual, pues se la utiliza para hacer referencia a cosas muy diferentes entre sí. Ello se debe a que tales aproximaciones se realizan desde diversos enfoques metodológicos, que pueden reducirse a tres: sociológico (científico-causal), valorativo, y sistemático.

En efecto, cuando se indaga sobre las fuentes del Derecho desde un enfoque sociológico (científico-causal), se hace referencia a las causas que explican que un ordenamiento jurídico exista, o bien, las causas por las que llegan a realizarse los actos creadores de Derecho en un determinado ordenamiento jurídico. Así, desde este enfoque se consideran como “fuentes del Derecho” ciertas relaciones sociales y/o económicas de poder, intereses de clase, usos, reglas sociales, tradiciones históricas, concepciones religiosas, e incluso las concepciones morales entendidas como fenómenos sociales.

En cambio, si se busca determinar cuáles son las fuentes del Derecho desde un enfoque valorativo, la indagación se dirigirá a encontrar cuál es el principio que fundamenta o justifica la existencia del ordenamiento jurídico o de una norma jurídica concreta. Esta justificación suele considerarse, entonces, como su “fuente última”, y por ello se ha llegado a afirmar que la voluntad divina, la razón, la moral, el Derecho natural, el contrato social, etc., son fuentes del Derecho.

Finalmente, el enfoque sistemático o formalista pretende encontrar criterios

para distinguir lo que es Derecho de aquello que no lo es, y presupone una noción del orden jurídico como sistema. Ahora bien, desde esta perspectiva, cuando se afirma que algo es una “fuente de Derecho”, se puede estar haciendo referencia a dos cosas: (i) a que estamos ante un hecho o acto jurídico que produce normas, o (ii) a que estamos ante un hecho o acto disciplinados por normas sobre la producción de normas, y que por lo tanto, que constituye el supuesto de hecho de una norma distinta, que es precisamente la que regula la manera en que se puede crear derecho. Si nos atenemos al primero de tales significados, encontramos una noción material y una noción formal de “fuente del Derecho”.

De acuerdo a la noción material, un hecho o acto jurídico es fuente del Derecho, en virtud de su contenido normativo (si es un acto) o en virtud de su resultado normativo (si es un hecho). Esto significa, que la expresión “fuente del derecho” debe utilizarse para todos aquellos hechos o actos que, de hecho, produzcan normas jurídicas, entendidas como prescripciones generales y abstractas, lo cual excluye aquellos hechos o actos que sean repeticiones o derivaciones lógicas de normas ya existentes en el sistema, como las normas de origen judicial, siempre que se considere que a través de sus sentencias, el juez no hace sino aplicar el Derecho ya existente.

Por otro lado, la noción formal de fuente del Derecho requiere remitirse a un ordenamiento jurídico particular, y concretamente, a las normas que regulan

la producción del Derecho en dicho ordenamiento, pues un hecho o un acto jurídico sería "fuente del Derecho", si existe una norma que lo autoriza a crear Derecho, más allá del contenido que este producto tenga. Es desde este enfoque que se afirma que la ley o que la costumbre son "fuente del Derecho", resaltando así que el sistema les otorga la posibilidad para producir normas jurídicas, las cuales, a su vez, pertenecerán a dicho sistema.

Bibliografía consultada

- **AGUILÓ REGLA, Josep.** *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- **GUASTINI, Riccardo.** "Concepciones de las fuentes del Derecho". En: *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Nº 11, octubre de 1999.
- **LÓPEZ RUIZ, F.** "Sistema jurídico, interpretación y criterios de producción normativa". En: *Derechos y Libertades*. Año 1, Nº 2, 1993-1994.

G

GARANTÍA INSTITUCIONAL

La Constitución garantiza bienes de distinta naturaleza, por ejemplo, derechos, principios, valores, pero también institutos o instituciones. Respecto a estos últimos, instituciones constitucionalizadas son, por ejemplo, el Ministerio Público, la universidad o el Tribunal Constitucional; mientras que institutos jurídicos constitucionalizados son, entre otros, la propiedad, las asociaciones o el matrimonio. A la protección que se otorga a estos institutos o instituciones con la finalidad de que no sean desnaturalizados se les denomina “garantía institucional”.

Inicialmente, la garantía institucional fue formulada como una garantía frente al legislador. Al respecto, como se sabe, los institutos o instituciones constitucionales suelen ser desarrollados por la ley, en algunos casos por disposición de la propia Constitución (cuando señala reservas de ley y de ley orgánica). Ahora bien, es claro que en esta labor de desarrollo legislativo se podría vaciárselos de contenido. Ante esa posibilidad, la doctrina alemana formuló la noción de garantía institucional con la finalidad de otorgar una protección constitucional

específica a algunas características que resultan esenciales e identificativas de una institución o instituto. No obstante, hoy en día la garantía institucional no solo busca evitar que las leyes vacíen o desnaturalicen el contenido garantizado de las instituciones e institutos constitucionales, sino que funciona frente a cualquier posible transgresión que provenga del poder público o de particulares.

Ahora bien, es necesario realizar algunas precisiones respecto a la garantía establecida para las instituciones y los institutos constitucionales. En caso de instituciones, la garantía no será la propia institución (por ejemplo, la garantía no es el Congreso, el Ministerio Público o la universidad), sino un ámbito de sus funciones o algunos de sus elementos constitutivos que se encuentran constitucionalmente reforzados (como es el caso de la “inmunidad parlamentaria”, la “independencia fiscal” o la “autonomía universitaria”). Por su parte, en el caso de los institutos jurídicos (como son la familia, la propiedad o la seguridad social) la garantía se da respecto al entramado institucional que le constituye –las normas y el entendimiento común que le dan identidad–; así, el instituto jurídico puede ser desarrollado y aplicado, pero en ningún caso contravenido

ni desnaturalizado por el legislador, el poder público en general, ni los particulares.

Ahora bien, no obstante su importancia, la Constitución no señala explícitamente cuáles son las garantías institucionales existentes. Ha sido a partir de la interpretación constitucional que se las ha identificado. Al respecto, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tenemos que para reconocer la existencia y contenido de una garantía constitucional debemos tener en cuenta lo siguiente: (1) la presencia de un instituto o institución reconocido en la Constitución; (2) la posibilidad de reconocer en estos cierta identidad y funciones de relevancia constitucional; finalmente, (3) distinguir que todo instituto tiene un ámbito protegido y otro que, pese a ser parte de su identidad actual, no conforma la garantía, siendo que la protección no es para toda la institución, elementos y funciones, sino solo a una porción (incluicable) de esta, que deberá determinarse caso por caso.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado la existencia de numerosas garantías constitucionales, a veces de manera desordenada sin mayor racionalidad, pero otras de forma consecuente con lo que en realidad implica la noción de "garantía institucional". Entre algunas de las garantías explicitadas por nuestro Colegiado Constitucional tenemos: la autonomía municipal, la autonomía universitaria, la inmunidad parlamentaria, la independencia del Ministerio Público, la independencia del Poder Judicial, la autonomía de los colegios profesionales, la propiedad, la seguridad social, el ahorro y la familia.

Bibliografía consultada

- **CIDONCHA MARTÍN, Antonio.** "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial". En: *Teoría y Realidad Constitucional*. N° 23, UNED. Centro de Estudios Ramón Areces, 2009.
- **PAREJO ALFONSO, Luciano.** *Constitución, municipio y garantía institucional*. Grijley, Lima, 2000.
- **PAREJO ALFONSO, Luciano.** *Garantía institucional y autonomías locales*. Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1981.
- **SCHMITT, Carl.** *Teoría de la Constitución*. Alianza, Madrid, 1982.

GARANTISMO

La teoría general del garantismo, cuyo desarrollo se ha visto plasmado en la obra capital de Luigi Ferrajoli, tiene su origen en el ámbito del garantismo penal, al interior del cual busca minimizar los abusos del poder punitivo del Estado a través de las garantías penales y procesales (tales como el principio de legalidad, el derecho de defensa, el principio acusatorio, etc.) que apuntan hacia un "Derecho Penal mínimo".

Pero es, sin duda, en el ámbito del constitucionalismo, donde la tesis de Ferrajoli ha calado más profundo y significado importantes contribuciones, particularmente en lo que respecta a la explicación de los derechos fundamentales como límites a la acción de los poderes públicos (que es también la filosofía del Estado de Derecho). En palabras de este autor, el garantismo viene a ser "la otra cara del constitucionalismo".

Es así como, situados en ese esquema, la expresión “garantismo” admite hasta tres acepciones: a) como filosofía política (que hace del Estado un instrumento al servicio de los derechos); b) como modelo de derecho (que es, como dijimos, el modelo del Estado de Derecho); y c) como teoría jurídica (el positivismo crítico, en oposición al positivismo dogmático).

■ ~ como filosofía política

La filosofía política del garantismo parte de la consideración del Estado como una concepción artificial (por contraposición al carácter natural de los individuos y sus derechos). De ahí que el garantismo calce bien con la doctrina de la democracia sustancial (esto es, la que condiciona la validez a la observancia de los derechos fundamentales) y no solo formal (vinculada al principio de las mayorías), pues impone al Estado la “carga de justificación externa” por remisión a los bienes e intereses, que son las finalidades que dicho “artificio” apunta a satisfacer.

■ ~ como modelo de Derecho

Para el garantismo, el Derecho es, antes que todo, un sistema de garantías, vale decir, un sistema de límites y vínculos al poder político, impuesto con la finalidad de proteger los bienes e intereses que se estiman valiosos. Tal modelo exige al legislador desarrollar una legislación de aplicación de esos derechos que se consideran valiosos. Es así como las decisiones políticas tienen cabida en tres esferas: a) la esfera de *lo indecidible* (que es el conjunto de principios

que impiden decisiones que puedan lesionarlos); b) la esfera de *lo indecidible que no* (que son los derechos sociales que imponen acciones positivas orientadas a su satisfacción); y c) esfera de *lo decidible* (al interior del cual tiene lugar la autonomía política y la autonomía privada).

■ Derecho y garantía

Esta forma de pensar el Derecho reviste particular importancia, pues permite diferenciar nítidamente entre las nociones de “derechos” y “garantías”. Y es que, a diferencia de otros autores (como Guastini), Ferrajoli propone que la ausencia de garantías no conlleva que el derecho no asegurado no exista, presuponiendo que este goce de reconocimiento constitucional (pues, de ser así, la violación de la norma imperativa implícita implicaría un *acto abrogativo* de la norma atributiva explícita). Por el contrario, para Ferrajoli tal situación revela una laguna jurídica, que en vez de atar de manos al juez constitucional, lo impele a realizar una labor interpretativa orientada a colmarla, a fin de que el derecho en cuestión deje de ser un “derecho de papel”.

A ello cabe agregar la opinión aún más exigente de Michelangelo Bovero, para quien no siempre una obligación correspondiente a un derecho constituye una forma efectiva de defensa de ese derecho, al extremo de que cuando no lo es, no puede considerarse como su garantía (esta última

entendida como aseguramiento jurídico de su satisfacción). A su vez, este autor entiende que la obligación cuya existencia como norma implícita está implicada por la existencia de un derecho, no es inmediatamente la obligación en la que consiste la garantía (primaria) de la satisfacción del derecho (vale decir, el deber impuesto al sujeto pasivo de la relación obligacional), sino la obligación (secundaria) para los poderes públicos, de introducir aquella misma garantía; siendo esta una obligación jurídica imperfecta, a la par que política.

■ ~ como teoría jurídica

A partir de la férrea separación entre el “ser” y el “deber ser” (mejor aún, entre derecho y moral), Ferrajoli propone que un positivismo de corte crítico, para el cual ni una norma justa es, solo por eso, jurídica; ni viceversa. En concreto, el garantismo propugna la distinción entre los conceptos de “validez” (criterio material o sustantivo de compatibilidad con los derechos) y “vigencia” (validez formal) de las normas. En ese contexto, el garantismo exige del juez una actitud crítica frente al derecho eficaz (pero inválido), desde el derecho válido (pero ineficaz), lo cual es favorecido por un entendimiento relativo, y no absoluto, de la presunción de regularidad de los actos del poder.

Al respecto, si bien Ferrajoli apuesta por una teoría cognitivista de la interpretación (esto es, orientada a descubrir un sentido ya dado), así como de sujeción al principio de estricta

legalidad, lo cierto es que, como la propia doctrina se ha encargado de precisar, resulta que el propio garantismo termina atribuyendo al juez un gran *poder de disposición*, que no es otro que el poder de censura de las leyes “vigentes” pero “inválidas” (es la denominada “consecuencia aporética” a la que alude Gascón Abellán). Para afrontar este escollo, la propuesta garantista de Ferrajoli sugiere construir una nueva ciencia de la legislación, particularmente, de una “legalidad garantista”.

■ Bibliografía consultada

- **BOVERO, Michelangelo.** “Derechos, deberes, garantías”. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell (editor), Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid/México, 2005.
- **FERRAJOLI, Luigi.** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 851-903.
- **GASCÓN ABELLÁN, Marina.** “La teoría general del garantismo: rasgos principales”. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell (editor), Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid/México, 2005.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** “Constitucionalismo y garantismo”. En: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Miguel Carbonell (editor), Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid/México, 2005.

GENOCIDIO

La palabra genocidio fue acuñada en 1941 por Raphael Lemkin, refiriéndose a la persecución de grupos y minorías nacionales propiciada por el régimen nazi

en Europa. El término fue adoptado un año después en los procesos de Núremberg, en el que se juzgó a la jerarquía nazi. En 1946, fue declarado un crimen internacional por parte de la Asamblea General por las Naciones Unidas.

El artículo 6 del Estatuto de Roma y del artículo II de la Convención de genocidio definen este término como la realización de cinco actos con la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial y religioso como tal, consistentes en:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Lo que distingue al genocidio de los otros crímenes internacionales es el dolo especial, es decir, la intención de destruir a un grupo en particular.

🔗 Voces relacionadas: Crímenes de guerra, Crímenes de lesa humanidad, Crímenes internacionales.

GOBIERNO DE LOS JUECES

Una vez asentado el principio según el cual la Constitución, para ser la norma suprema del ordenamiento jurídico, requiere poder ser inaplicada por los

jueces ordinarios en caso de conflicto con una ley ordinaria, dicho modelo tuvo la virtud de expandirse no solo en distintas latitudes a nivel del Derecho Comparado, sino también en el seno del propio Tribunal Supremo de los Estados Unidos, cuyo fallo *Marbury vs. Madison* (1803) le había dado origen. Si bien es verdad que tras la emisión de dicha sentencia, un silencio elocuente se apoderó del Tribunal Supremo, pues la doctrina de la *judicial review* no fue aplicada nuevamente sino hasta el año 1857, en el caso *Dred Scott v. Sandford*, oportunidad en la que el Tribunal Supremo rechazó la tesis de que los esclavos podían adquirir su libertad por habitar un Estado libre.

Pero, en realidad, no sería sino hasta mucho después, más concretamente hasta la época del *New Deal* (que es el nombre que recibe el paquete de medidas dictadas por el presidente Franklin D. Roosevelt para hacer frente a la crisis económica de 1933), que la experiencia antiprogresista del Tribunal Supremo mostraría toda su potencia, situación que a los ojos de ciertos críticos fue considerada como un “exceso” cometido por la Corte en la protección de los intereses empresariales, en el ejercicio de su papel de “control judicial de la ley”.

Este es el caso, por ejemplo, de Edouard Lambert, reconocido comparatista francés, quien en un interesante estudio sobre la justicia constitucional en Estados Unidos, analizó el papel desempeñado por la Corte Suprema con relación a la legislación obrera. El título de su obra, “*El gobierno de los jueces*” (1921), fue luego utilizado como sinónimo de aquella crítica que ve en la judicatura a una minoría de toga no electa en las

urnas, que termina decidiendo sobre asuntos de interés nacional, cuya solución competiría resolver a las mayorías a través de sus representados elegidos democráticamente.

Particulares críticas recibió de Lambert la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la denominada “era Lochner” (así denominada por la sentencia *Lochner vs. New York*, de 1905, que declaró la inconstitucionalidad de una ley que fijaba un límite de diez horas para la jornada de trabajo para los panaderos). En particular, el llamado “lunes negro” para el *New Deal*, ocurrido el 27 de mayo de 1935, día en que el Tribunal Supremo dictó tres resoluciones que prácticamente dismantelaron el proyecto de Roosevelt. El *impasse* fue solucionado a través de la participación del pueblo estadounidense en las elecciones de 1936, oportunidad en la que Roosevelt obtuvo un amplio respaldo ciudadano, lo que a su vez le permitió optar por la recomposición de fuerzas al interior del Tribunal.

Como relata Lambert, la jurisprudencia expedida por el Tribunal Supremo durante esta época llegó a extremos tales como la propuesta de revocación de los jueces integrantes de la Corte por sufragio universal y el llamado al pueblo contra las sentencias de inconstitucionalidad. Ello explica bien la conclusión a la que arriba el autor, en el sentido de que: “[e]n los Estados Unidos, la alteración del equilibrio se ha producido en favor del poder judicial, que ha sometido a los otros dos a su control y ha establecido, de esta forma, un régimen de gobierno de los jueces”.

Cabe destacar, como referencia, que una de las principales obras que se contraponen a la investigación y conclusiones

de Lambert, es la formulada por Raoul Berger, un importante representante del conservadurismo judicial y de la corriente originalista sobre la interpretación constitucional [Berger, Raoul: *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/Londres, 1977].

Bibliografía consultada

- **LAMBERT, Edouard.** *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de constitucionalidad de las leyes.* Traducción y adaptación de Félix de la Fuente, estudio preliminar de Luis Pomed, Colección Clásicos del Pensamiento, Tecnos, Madrid, 2010.

GRACIA PRESIDENCIAL

En nuestra Constitución de 1993 no existe una definición respecto al derecho de gracia. Sin embargo, puede señalarse que este consiste en la potestad de unos órganos estatales en virtud de la cual pueden beneficiar discrecionalmente a los individuos respecto de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación de las normas.

La más importante manifestación de este derecho la encontramos en el ámbito del Derecho Penal, que tiene como consecuencia la extinción de la pena impuesta. Sin embargo, esta potestad también puede aplicarse a otros ámbitos, como a la materia fiscal, militar, laboral o administrativa.

El artículo 118, inciso 21 de nuestra Constitución Política vigente reconoce la potestad presidencial de: “Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el

derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”.

El derecho de gracia se caracteriza porque su aplicación está reservada a los procesados que no se encuentran sentenciados. Así, según Torres Lara –uno de los promotores de la Constitución de 1993–, “[la] ampliación de la facultad [presidencial] se sustenta en una realidad que hasta el momento no logra superarse: la enorme cantidad de procesados que no son sentenciados y que constituye la gran mayoría de detenidos en nuestras cárceles”.

Como se puede apreciar, mediante esta potestad el Presidente interviene en una competencia del Poder Judicial: la administración de justicia. Por ello, el otorgamiento del derecho de gracia solo debe estar reservado a aquellos casos donde la especial condición del procesado (por ejemplo, si es portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, tal como quedó establecido en el caso Jallilie Awapara.

■ Límites formales y materiales de la ~

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Jallilie

Awapara reconoció que los límites formales del Derecho de gracia son: “1) Que se trate de procesados, no de condenados. 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución)”.

En cuanto a los límites materiales, el derecho de gracia debe respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, tanto los preventivo-especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución), como los preventivo-generales, derivados del artículo 44 de la Constitución. Asimismo, el derecho de gracia debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad, pues debe existir razones objetivas aplicables para interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros.

■ Bibliografía consultada

- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”. En: *Historia Constitucional*. N° 2, 2001.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *Testimonio Constitucional*. Asesorandina, Lima, 2003.

IGUALDAD

■ Concepto

El concepto de igualdad presenta múltiples comprensiones, pues se la considera como un valor, como un principio, y como un derecho fundamental. En efecto, como *valor*, se encuentra en la base del ordenamiento jurídico y justifica la existencia del Estado, a la vez que sirve de fundamento de los derechos humanos, especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la igualdad como *principio*, aparece como una pauta jurídicamente vinculante, que exige a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que las libertades reconocidas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que dificulten su plenitud; y finalmente, como derecho fundamental, constituye un auténtico derecho subjetivo, cuya titularidad corresponde a todos los individuos, facultándolos a exigir una paridad de trato tanto al momento de creación de la ley como al momento de su aplicación, así como a remover toda medida que suponga una diferenciación arbitraria o basada en motivos proscritos

por el ordenamiento jurídico (como, por ejemplo, la raza, sexo, religión, entre otras).

■ Diferenciación

La igualdad, no se opone a la diferencia, sino que al contrario, la presupone. Tiene como punto de partida la diversidad, es decir, una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes. Así, se ha resaltado que dos sujetos, situaciones o identidades son distintos o diversos si uno tiene una característica o rasgo considerado relevante en el contexto en el que se habla de igualdad, mientras que el otro carece de esa misma característica o rasgo. O bien si ambos comparten el mismo rasgo o la característica, pero en grados o medidas distintos.

Entonces, la diferencia debe ser entendida como un término *descriptivo*, que se opone al de homogeneidad o identidad, pero que no es contrario al concepto de igualdad. Esta, en cambio, sería un término *prescriptivo*, en el sentido que no describe una realidad fáctica, sino que indica cómo esta *debe ser*. En otras palabras, la igualdad contiene la exigencia de

otorgar el mismo trato a aquello que es diferente, pero cuyas diferencias deben resultar irrelevantes para el Derecho.

■ ~ formal

Ver: Igualdad ante la ley

■ ~ ante la ley

Expresión que recoge la formulación general del principio de igualdad entendida como igualdad *formal*, la cual contiene la exigencia de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que no solo significa exigir paridad de trato en la asignación de deberes, obligaciones y cargas por parte de las normas jurídicas, sino también en el nivel de la aplicación del derecho. En ese orden de ideas, se han identificado dos manifestaciones de la igualdad formal: igualdad *en la ley* e igualdad *en aplicación de la ley*.

Estas dos manifestaciones, siendo distintas van unidas, debido a que comparten una esencial exigencia, a saber, que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el órgano de aplicación de las normas, al momento de realizar la atribución de situaciones jurídicas.

■ ~ en la ley

Es una de las manifestaciones de la igualdad, que supone una exigencia de generalidad y abstracción en el contenido de la norma, y que se proyecta sobre la fase de configuración y producción de las normas

jurídicas. Es un mandato dirigido al legislador a fin de que regule las diversas situaciones de la vida sin hacer discriminaciones arbitrarias, y se identifica con una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos de hecho que van a servir de base para la atribución de consecuencias jurídicas.

Pero además de ello, el análisis de la igualdad *en la ley* también permite evaluar la justificación misma de la diferenciación, en el sentido de valorar jurídicamente porqué el legislador ha elegido una cualidad que permitirá calificar una situación como diferente o similar (y no otra), como la determinante para establecer una diferencia de trato, valoración que se efectuará en relación con la finalidad que se persigue con la norma. Ello requiere evaluar la corrección material de la selección de supuestos de hecho por parte de las normas estatales, así como la asignación de consecuencias jurídicas asociadas a ellas, a efectos de que dicha selección sea objetiva y no arbitraria, en el sentido de contar con un fundamento fáctico, suficiente y razonable.

■ ~ en aplicación de la ley

Es una de las manifestaciones de la igualdad que se proyecta sobre la fase de interpretación y aplicación de las normas, a cargo de los órganos jurisdiccionales y administrativos. De acuerdo con ella, las normas se deben aplicar por igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, más allá de sus

particulares condiciones personales o sociales. Esto significa que no son admisibles las decisiones *ad personam*, y que solo pueden tenerse en cuenta aquellos criterios de diferenciación que han sido considerados como relevantes por el ordenamiento jurídico.

Es decir, que el derecho a la igualdad *en la aplicación de la ley* proscribe que al momento de aplicar las normas se introduzcan diferenciaciones o desigualdades injustificadas, ya que de esa manera se podría estar burlando la exigencia de generalidad que se impone al legislador en el momento de su creación, a través de la igualdad *en la ley*. Ya no se trata aquí, de que la ley sea general o impersonal, sino de que su aplicación por los poderes públicos se realice sin efectuar excepciones y sin consideraciones personales. La norma general debe aplicarse de manera también general, con prescindencia de las personas concretas, pues de otro modo se vulneraría la igualdad, aunque la norma que se aplique fuera abstracta y general.

No obstante, hay que reconocer que el operador jurídico goza de un margen de apreciación al momento de la aplicación de la ley, pues si fuese una operación puramente mecánica (es decir, que siempre arrojará el mismo resultado) la llamada igualdad *en la aplicación de la ley* coincidiría plenamente con el principio de legalidad, haciendo que la idea de una "misma aplicación" sea redundante, y por lo tanto, que tal exigencia sea innecesaria.

Pronunciamientos contradictorios

Uno de los supuestos en los que se suele alegar la vulneración de la igualdad *en la aplicación de la ley*, ocurre cuando se verifica la existencia de fallos diferentes en casos aparentemente iguales. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional española ha consolidado una doctrina importante acerca de esta materia, según la cual ello requiere "que un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (es decir, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 CE" (STC 8/1981, de 30 de marzo, F.j. 6).

Particularmente, la doctrina del TCE ha establecido que la igualdad *en la aplicación de la ley* no se ve afectada cuando los pronunciamientos contradictorios en supuestos sustancialmente iguales, provienen de órganos jurisdiccionales distintos (STC 2/1983, de 24 de enero), porque considera que la institución existente para realizar el ideal de una justicia uniforme en este ámbito es la jurisprudencia, entendida como el conjunto de pautas trazadas por los tribunales superiores; y además, porque entiende que al imponer esta exigencia de igualdad, cuando se trata de órganos distintos, se afectaría la independencia judicial.

En esa misma línea, el TCE entiende que para que la igualdad *en aplicación de la ley* se vea afectada por la existencia de pronunciamientos distintos en casos sustancialmente iguales, es necesario entre otras cosas, que ambos pronunciamientos provengan de un mismo órgano judicial, único supuesto en que se reconoce una vulneración de este valor. Si bien reconoce el valor que tiene la homogeneidad en la interpretación del Derecho objetivo, no considera que la divergencia se encuentre prohibida por la igualdad, cuando el tratamiento distinto proviene de órganos jurisdiccionales distintos que además, no están vinculados jerárquicamente. En parte, la aceptación de esta divergencia se debe a que eliminarla implicaría permitir que sea el juez constitucional quien dirima cuál es la interpretación de la ley que debe prevalecer, convirtiéndose indebidamente en un tribunal de casación sobre asuntos de legalidad ordinaria cuya unificación le corresponde a los órganos superiores del escalafón judicial, mediante el sistema de recursos existente en cada sistema procesal.

En esa línea, la realización de la igualdad *en la aplicación de la ley*, se realiza más bien mediante la exigencia de motivar las diferencias de trato, lo que en última instancia nos conduce al deber de motivación de las decisiones judiciales como garantía del principio de igualdad.

■ Término de comparación o *tertium comparationis*

Para comprender adecuadamente el funcionamiento del principio de igualdad, hay que advertir que se trata de un concepto *relacional*, porque para determinar que existe una diferencia de trato de una situación respecto a otra, tiene que existir un *término de comparación*.

Es decir, hay que verificar que exista “un tratamiento que produzca una diferencia entre dos o más personas, grupos o cosas de similares y comunes rasgos o características a partir de una comparación entre dichos elementos (el denominado *tertium comparationis*)” En otras palabras, y de manera simplificada, para afirmar que una persona ha sido tratada de manera desigual, es necesario que exista otra persona que haya sido tratada de manera más favorable o beneficiosa.

■ ~ material

Históricamente, el reconocimiento de la igualdad como un valor jurídico-político y como un derecho de todos los individuos, se enmarcó en el Estado liberal de Derecho. Sin embargo, este reconocimiento de la igualdad en términos formales, solo tuvo como consecuencia fortalecer aquellas posiciones ya consolidadas de poder social que actuaban en contra de los intereses de las mayorías. En efecto, la exigencia de generalidad y abstracción de la ley, aparentemente neutral, generó que un gran número de ciudadanos, especialmente trabajadores y obreros, se mantuvieran en una situación de postergación en

el goce de sus derechos, en un escenario de creciente opresión; pues aunque gozaran de una titularidad de derechos en términos abstractos, carecían de las condiciones materiales necesarias para ejercer sus libertades. Ante ello, se erigió el modelo un nuevo modelo de organización jurídico política, el Estado Social de Derecho, proclamando que su finalidad esencial era lograr el disfrute real y efectivo de todos los derechos fundamentales por el mayor número posible de ciudadanos.

Esto produjo un cambio radical en la concepción de la igualdad, que ya no sería entendida como una exigencia de equiparación meramente formal (reflejada en la generalidad y abstracción de la ley), sino que más bien como igualdad material, es decir, como una exigencia que solo se satisface cuando se provee a todos los individuos de las condiciones materiales que garanticen una libertad real de elección, tomando en cuenta su real situación, y las relaciones de poder que los afectaban e impedían el goce de sus derechos.

Bibliografía consultada

- **AÑÓN, María José.** *Igualdad, diferencias y desigualdades*. Fontamara, México, 2001.
- **BALAGUER CALLEJÓN, M.** *Igualdad y Constitución española*. Tecnos, Madrid, 2010.
- **GAVARA DE CARA, J.** *Contenido y función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*. Aranzadi, Navarra, 2005.
- **GIMÉNEZ GLUCK, D.** *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch, Madrid, 2004.

IMPERATIVO CATEGÓRICO

Se trata de una expresión formulada por Immanuel Kant que alude a un mandato reconocible a través de la sola razón, que obliga necesariamente a todos por igual, y que deberá seguirse para actuar conforme a la moral. Para Kant toda persona racional puede reconocer este imperativo y debe actuar conforme él para comportarse moralmente. La moral, desde esta perspectiva reside en la razón (pura), y no proviene de entes divinos ni de convenciones sociales.

Con lo adelantado, corresponde explicar algunas características de este imperativo: *es racional*, pues es independiente de la experiencia y se puede hallar por la sola razón (razón a priori); *es necesario y obligatorio*, ya que se trata de un mandato incondicionado y absoluto, que no puede dejarse de lado bajo ningún concepto; *es autosuficiente*, en la medida en que no requiere de razones externas o anteriores para ser un deber; *es universal*, pues es un mandato para todos los seres racionales (personas); *es abstracta*, pues constriñe siempre independientemente de las circunstancias concretas; y *es moral*, pues es obligatoria per se, por el solo deber de actuar moralmente, aunque con ello no se alcance ninguna utilidad ni fines ulteriores.

Además suele hacerse referencia a las tres principales formulaciones que se encuentra en la obra de Kant de este imperativo (y que son denominadas primer, segundo y tercer imperativo categórico, respectivamente). Estas son las siguientes:

- “Obra solo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal”.

- “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solo como un medio”.
- “Obra como si por medio de tus máximas fueras siempre un miembro legislador en un reino universal de fines”.

Bibliografía consultada

- **KANT, Immanuel.** *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Excelsior N° 146, Ercilla, Santiago de Chile, 1939.
- **KANT, Immanuel.** *Metafísica de las costumbres*. Traducción y notas de A. Cortina y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989.

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

En la dogmática constitucional contemporánea se admite, de modo cada vez más enfático, que la Constitución puede ser afectada no solo por actos o conductas positivas, sino también por omisiones. La inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando algo que está constitucionalmente ordenado no se lleva a cabo o no se cumple. Dicho fenómeno puede producirse, al igual que en el caso de las acciones positivas, por la ausencia de actuación de cualquier autoridad, funcionario, e incluso una persona particular, cuando no realiza algo a lo que estaba constitucionalmente obligado. Puede postularse, por ejemplo, del legislador cuando no dicta la ley a la que estaba exigido por mandato expreso (e incluso implícito) de la Constitución; de la Administración, cuando no ejecuta

un acto que la Constitución le imponía; y también de los particulares, cuando la Constitución les impone determinados deberes constitucionales (como en el caso del deber de los padres de proveer las necesidades básicas de sus hijos).

La doctrina ha desarrollado la idea de que incluso los mandatos impuestos al legislador, de emitir determinada ley, a pesar de su grado de indeterminación en cuanto al tiempo y oportunidad para su dación, pueden devenir en mandatos definitivos y su incumplimiento en una omisión inconstitucional; por lo que cabe exigir judicialmente la emisión de la ley correspondiente. En dicha línea, la doctrina ha precisado tres elementos como definitorios de la configuración de una omisión legislativa inconstitucional: i) la presencia de un mandato constitucional de emisión de una ley (“encargo al legislador”); ii) exceso del plazo fijado por el propio constituyente para la emisión de la ley o exceso de un plazo razonable para la dación de la misma; y iii) la producción de efectos o resultados inconstitucionales (afectación concreta de derechos), como consecuencia de la inacción legislativa.

Una vez determinada la existencia de una omisión legislativa inconstitucional, el problema se suscita en torno a la solución que puede darle la justicia constitucional. Se han ensayado en la jurisprudencia y legislación comparada hasta cuatro respuestas distintas: a) poner en conocimiento del legislador la omisión legislativa inconstitucional, dejando en manos de éste su superación; b) declarar la existencia de la omisión legislativa y ordenar la emisión, dentro de un plazo determinado, de la ley correspondiente;

en algunos casos con la explicitación en la sentencia de ciertos principios generales que debe contener la ley a dictarse (sentencia aditiva de principio); c) cuando la declaración de la existencia de una omisión legislativa se hace en un proceso de control concreto (amparo por omisión de acto debido), se suple la omisión, con determinadas pautas, a efectos de poder resolver el caso (mandato de *injuição* brasileño); y d) en caso de rebeldía del legislador, esto es, que el legislador no dicte la ley ordenada en la sentencia, en algunos países como Ecuador y algunos estados federados de México, se ha previsto incluso la posibilidad de que el juez constitucional emita provisoriamente la legislación que corresponda, convirtiéndose en una especie de “legislador suplente y precario”.

En nuestro país, la Constitución no ha dispuesto ningún proceso constitucional destinado a resolver situaciones abstractas de omisiones legislativas inconstitucionales; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido, con base en las exigencias de eficacia normativa de las disposiciones constitucionales y de la cláusula del Estado Social de Derecho (que impone el despliegue de acciones positivas para la concreción de los derechos sociales y la igualdad sustantiva), la posibilidad de forzar judicialmente al legislador a superar las omisiones legislativas. Así, ha declarado la presencia de esta omisión en el desarrollo de una ley que regule el empleo de la hoja de coca como patrimonio cultural (STC Exp. N° 0006-2008-PI/TC); y de modo mucho más avanzado, ha desarrollado esta figura en el caso de la falta de desarrollo legislativo del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, habilitando incluso, excepcionalmente, el proceso

de cumplimiento para su judicialización (STC Exp. N° 5427-2009-PC/TC).

■ Omisión legislativa absoluta

Esta omisión está referida a la ausencia absoluta de una ley o regulación que cumpla el mandato constitucional de desarrollo legislativo. También puede homologarse a la omisión legislativa absoluta, el supuesto de desatención absoluta en la protección de los derechos sociales. Este supuesto se refiere a la exigencia constitucional, respecto de la vigencia y goce de los derechos sociales, de desarrollar no solo leyes, sino planes, programas o políticas que, articuladamente, estén dirigidos a satisfacer algún aspecto de un derecho social (por ejemplo el mandato del artículo 7 de la Constitución que encarga al Poder Ejecutivo el desarrollo de la política nacional de salud). Cuando dicha política ni siquiera se ha diseñado o, cuando una vez diseñada, no se ha llevado a cabo ningún acto para ejecutarla, también se dice que existe una omisión inconstitucional absoluta (aunque no necesariamente legislativa). La jurisprudencia constitucional comparada y la doctrina han establecido que este es un supuesto para reclamar judicialmente la protección de un derecho social, donde busque ordenarse la configuración de la política social ausente.

■ Omisión legislativa relativa

Esta omisión se produce cuando, a pesar de que existe una ley que ha desarrollado determinado mandato constitucional, dicha ley ha omitido incluir dentro de sus destinatarios o beneficiarios a un grupo que debía

haber incluido, produciéndose con ello lo que en la doctrina alemana se conoce como “exclusión arbitraria de beneficios” (afectación del principio de igualdad). Esta omisión suele repararse en la jurisprudencia constitucional comparada, a través de la incorporación del grupo excluido dentro de los destinatarios de la ley, mediante la técnica de las sentencias aditivas. Igualmente, este tipo de omisión puede homologarse al supuesto en que, en el caso de la protección de derechos sociales, se ha diseñado e implementado una política pública específica, pero en su estructuración no se ha considerado determinados elementos que dicha política debía contener para satisfacer las exigencias constitucionales de los derechos sociales. Estamos pues ante una omisión parcial de satisfacción de los derechos sociales cuando la política; i) no ha respetado el principio de no discriminación o de igualdad de trato; ii) cuando no satisface niveles esenciales del derecho; y iii) cuando no ha considerado la protección especial de grupos especialmente vulnerables. En estos casos, la jurisprudencia constitucional comparada también se ha considerado competente para impeler al legislador o al gobierno a corregir las omisiones detectadas.

Omisiones inconstitucionales de configuración jurisprudencial

Esta figura se suscita cuando la necesidad de desarrollar legislativamente determinada disposición constitucional no se encuentra expresamente

prevista en la Constitución, pero ha sido concretada por el intérprete constitucional, quien explicita la necesidad imprescindible de que se expida la regulación que haga posible la vigencia efectiva de la cláusula constitucional en cuestión. En los dos casos arriba citados (hoja de la coca y derecho de consulta) la obligación de desarrollo legislativo ha sido derivada por el Tribunal Constitucional, vía interpretación.

Bibliografía consultada

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Civitas, Madrid, 1998.

Prohibición de protección deficiente

La doctrina alemana, así como ha desarrollado la metodología del test de proporcionalidad para verificar “intervenciones excesivas” en los derechos fundamentales; asimismo, ha adaptado dicha estrategia para verificar la presencia de omisiones que suponen una protección deficiente de los derechos, en menor medida de lo que la Constitución exige y manda. Esta es una forma de determinar cuando, ante una omisión que produce una protección deficiente de un derecho, es imprescindible, que el legislador o el gobierno, actúen de manera inmediata para superar dicho déficit de protección. Ello se debe a que en el caso de omisiones, referidas generalmente a la protección de derechos sociales, la ubicación de una omisión solo puede operar como razón *prima facie*, frente a otras razones que alegan por dejar la superación de

la omisión en manos de la política. Estas razones están relacionadas con la escasez de recursos presupuestarios para atender inmediatamente los derechos deficientemente protegidos, la competencia de los órganos deliberativos y técnicos para fijar la oportunidad y los modos en que se deben proteger integralmente los derechos. El test de proporcionalidad, estructurado con ciertas particularidades, sirve en dicho contexto para decidir cuando una omisión que supone una protección deficiente de derechos resulta inconstitucional de modo definitivo, por lo que debe ser superada de inmediato. Este test ha sido desarrollado prolijamente, por lo demás, como forma de determinar, de un modo mucho más exigente, las estructurales deficiencias en la protección de los derechos sociales en los países latinoamericanos.

Bibliografía consultada

- **CLÉRICO, Laura.** *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional.* Eudeba, Buenos aires, 2009.

Acción de inconstitucionalidad por omisión

En diversas oportunidades la solución de una omisión inconstitucional, cuando se hace solo con relación al caso concreto (supliendo la misma para dar respuesta a una concreta pretensión), puede presentarse como insuficiente e incluso inadecuada, tanto porque es preciso de una regulación o planeación general, que solo puede llevarse a cabo por el órgano político correspondiente, para dar satisfacción plena al derecho, como

porque la solución de regulación para el caso concreto puede suponer una injusticia para otras personas ubicadas en idéntica situación y que no pueden ser remediadas en la afectación por no haber accedido a los recursos judiciales. Si bien, en algunos casos la jurisprudencia comparada ha desarrollado la figura del estado de cosas inconstitucionales para extender los efectos de la sentencia más allá de las partes, la doctrina ha propuesto, desde hace mucho, la creación de la acción de inconstitucionalidad por omisión, con el objeto de que la omisión legislativa detectada sea remediada con carácter general. Esta propuesta, por lo demás, ha sido recogida en la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III.

■ Bibliografía consultada

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional: Una visión de Derecho Comparado*. Tomo I, Dykinson, Madrid, 2009.

INDEPENDENCIA JUDICIAL

■ Concepto

La expresión “independencia judicial” tiene múltiples acepciones. Como una primera aproximación, puede afirmarse que es la capacidad autodeterminativa del juez para proceder a la declaración del derecho dentro de los marcos que le fijan la Constitución y la ley. Es decir, la idea de independencia hace alusión a una especial condición del juzgador en el ejercicio de la función jurisdiccional, que supone la ausencia de vínculos ajenos al derecho mismo (por ejemplo, vínculos políticos o de procedencia jerárquica), y la sujeción exclusiva a la ley, entendida en sentido lato.

Ahora bien, se ha resaltado que el principio de independencia no tiene como sus principales destinatarios, a los gobiernos, partidos políticos, o a los grupos de presión, sino a los jueces mismos, ya que se traduce en un deber a su cargo al momento de desplegar su actividad jurisdiccional: el deber de obedecer al Derecho, de modo que se afirma que la independencia no sería otra cosa que la peculiar forma de obediencia que el Derecho le exige a los jueces.

No obstante, es necesario advertir que la independencia no consiste

solamente en un simple deber de obediencia al Derecho, pues tal deber existe igualmente para todos los demás poderes públicos, y también para los ciudadanos en general. La nota distintiva y particular de este deber de obediencia, que caracteriza a la independencia judicial, estriba en el sometimiento del Juez a la razón, lo que significa que tiene el deber no sólo de *explicar* los motivos de sus decisiones, sino también la obligación de *justificarlas*. Para ello, no basta la simple remisión a la autoridad de la ley, o en este caso, a la autoridad del precedente constitucional, pues la independencia exige que el juez no pueda utilizar al Derecho sólo como un *dato*, sino que debe valorarlo e interpretarlo a la luz de la razón, lo que impide que su actividad pueda apreciarse como un simple ejercicio mecánico de aplicación.

■ Autonomía del juez

La independencia judicial no debe ser confundida con la autonomía del juez, entendida como su capacidad para actuar “desde su propia convicción”. Al respecto, se ha resaltado que dicho actuar según la propia convicción, puede justificar al sujeto moral, pero no tiene sentido para entender la actividad judicial, pues ello implicaría ignorar la posición de poder institucional que ocupa el juez al interior del ordenamiento jurídico. Si se toma en consideración dicha posición, el ideal del juez independiente sería más bien la negación de la autonomía, ya que el Juzgador debe ser independiente incluso de sus propias creencias. Ello significa entonces, que la independencia judicial protege no

solo la aplicación del Derecho, sino que le exige que resuelva utilizando las razones que el Derecho le suministra y no por sus propias convicciones personales.

Independencia personal del juez

La independencia personal del juez se manifiesta en la consideración individual de cada juez como la encarnación de la soberanía del Poder Judicial, y en la insistencia y conocimiento de que cada juez se sabe y se siente facultado para adoptar una resolución, para interpretar la Constitución según lo estime más conveniente en un momento dado, asumiendo responsabilidad individual por ello.

Independencia política del juez

La independencia *política* está referida a la relación de los jueces con los otros poderes públicos, garantizando que éstos no interfieran en el desarrollo de la función jurisdiccional, lo que se lograría mediante el desarrollo de ciertas garantías formales, como la inamovilidad en el cargo, la existencia de cargos vitalicios, la imposibilidad de ser removido por el superior jerárquico, la prohibición de sufrir recortes en su sueldo, etc.

Independencia intelectual del juez

La independencia *intelectual* se refiere al reconocimiento de la libre actividad intelectual del Juez al momento

de resolver los casos que se someten a su consideración, lo que implica reconocer que el proceso de decisión judicial, si bien tiene como punto de partida un determinado material normativo (por ejemplo, la Constitución, las leyes, y los precedentes judiciales), no es un proceso *determinado* por las normas, sino solo *condicionado* por ellas, en la medida que el Juez no es un mero aplicador, sino que debe construir una solución a partir de las normas relevantes para el caso, asumiendo la responsabilidad por la sentencia que dicte, lo que permite afirmar que no estamos ante un proceso de deducción, sino de juicio. Es este tipo de independencia el que parecería estar involucrado, cuando el juez se aparta de un precedente emitido por el Tribunal Constitucional.

Lo anterior muestra claramente, que el reconocimiento de la independencia judicial en un Estado de Derecho, se encuentra estrechamente ligado a la convicción de que el ejercicio de la función jurisdiccional no puede ser algo puramente mecánico y pre-determinado en todos sus extremos, y de que la actividad de interpretación y aplicación del Derecho tiene ciertamente un elemento creativo. Por ello, la independencia judicial solo tiene sentido en la medida en que las resoluciones judiciales añaden algo a lo establecido en las normas.

Y es que, cuando se afirma que la función del juez ha de limitarse a la aplicación de la ley o del precedente constitucional, se defiende implícitamente la concepción de que el juez es mero trasmisor de las valoraciones ajenas que subyacen a las normas,

recluyéndolo dentro de los estrechos límites de la interpretación clásica, y recortando su capacidad creativa. Por el contrario, si se considera que la ley, entendida en sentido lato, es solo un puro dato de partida y que el juez debe interpretar las normas en función de sus objetivos y de los fines y valores perseguidos por la Constitución, la interpretación judicial adquiere un matiz diferente, y es en tal escenario, que el principio de independencia judicial se despliega en toda su plenitud.

Independencia judicial y responsabilidad

Como contrapartida del principio de independencia judicial, debe agregarse la idea de la responsabilidad del juez por las decisiones que adopte, en uso de esa independencia. Y es que efectivamente, la idea de independencia judicial no puede estar separada de las ideas de responsabilidad y de control, pues no se trata de una prerrogativa que sea un fin en sí misma, sino que constituye un medio para garantizar la imparcialidad de la decisión judicial, la cual como se ha visto, tiene al Derecho como punto de partida.

Por ello, se señala que la idea de independencia no solo no excluye la idea de control, sino que la presupone, al mismo tiempo que la condiciona, porque si bien la autonomía del juez no puede en modo alguno ser limitada, ello tampoco significa que pueda ser ejercida arbitrariamente porque ello la alejaría de la manera en que ha sido constitucionalmente prevista.

Bibliografía consultada

- **AGUILÓ, Josep.** *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. En: *Isonomía*. N° 06, abril de 1997.
- **ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto.** "En materia de independencia judicial". En: *Jueces para la democracia*, N° 4, 1988.
- **FISS, Owen.** "La independencia judicial". En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*. N° 8. Formación y perfeccionamiento de los jueces. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1989.

INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Una infracción a la Constitución puede definirse como todo aquel acto u omisión que afecte o quebrante el contenido dispositivo inserto en una determinada disposición constitucional. Es decir, una infracción a la Constitución se producirá, cuando una autoridad, funcionario o persona hace algo que se encuentra constitucionalmente prohibido u omite algo que está constitucionalmente ordenado. Las modalidades de actos u omisiones a través de las cuales puede infringirse la Constitución son diversas, desde que en el constitucionalismo contemporáneo se acepta el dogma de que "no hay zonas exentas del control constitucional". Así, un mandato o prohibición establecido en el texto constitucional, puede verse vulnerado por lo dispuesto en un tratado (que no verse sobre derechos humanos), una ley, una norma infralegal, un acto administrativo, una resolución judicial (incluso una emitida al interior de un proceso constitucional), un contrato u otro acuerdo efectuado entre particulares, un laudo arbitral, etc.

En la doctrina la referencia a la infracción constitucional puede encontrarse

desarrollada, detalladamente, en la teoría del acto lesivo que, aun cuando se haya perfeñado para el proceso de amparo, es perfectamente extensible a cualquier infracción a la Constitución, examinada en cualquier tipo de proceso (vide al respecto la voz “acto lesivo”). La polémica, sin embargo, se ha suscitado, respecto al uso de este concepto, como causal de responsabilidad de los altos funcionarios del Estado. En nuestro país, la Constitución de 1993, en sus artículos 99 y 100 (como lo han hecho todas nuestras constituciones) ha previsto que los altos funcionarios del Estado pueden ser suspendidos, destituidos e inhabilitados de la función pública hasta por diez años, por la comisión de un delito cometido con ocasión del ejercicio de la función o una infracción a la Constitución. El artículo 100 textualmente ha prescrito que “corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente” sancionar al funcionario, el cual tendrá derecho a la defensa por sí mismo y con presencia de abogado. Esta disposición parece sugerir, con bastante claridad (lo cual queda corroborado con la lectura de los debates constituyentes), que en la Constitución de 1993 se ha establecido el modelo anglosajón del juicio político, donde el Parlamento es el encargado de enjuiciar las inconductas de los altos funcionarios del Estado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, en el caso de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de la función, el Parlamento solo podrá llevar a cabo la acusación, mas no el juzgamiento. El Tribunal se ha basado en el hecho de que la sanción de los delitos solo le corresponde al Poder Judicial. El juicio político, sin embargo, –como se ha anotado en la doctrina– no

deja de serlo porque las inconductas sean delitos, pues sobre ellos u otro tipo de faltas, el enjuiciamiento –y aquí lo importante– será siempre político.

Con relación a las infracciones a la Constitución, el Tribunal sí ha admitido la existencia del juicio político, basándose en que estas sí constituyen verdaderas faltas políticas (STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC). Lo mismo: no necesariamente una infracción a la Constitución es una falta política, la naturaleza política del juicio, en este caso, se deriva no del tipo de falta, sino del órgano encargado de enjuiciar la infracción constitucional. Si se revisan las acusaciones constitucionales tramitadas en el Congreso por infracción a la Constitución, puede apreciarse incluso que a las infracciones trata de dársele una configuración jurídica, lo que sucede es que finalmente la decisión del Pleno del Congreso será siempre política, no solo por ausencia de las garantías jurisdiccionales necesarias para adoptarse jurídicamente, sino por las valoraciones de tipo político y la conformación política de las mayorías en el Parlamento.

La pregunta en todo caso ha persistido respecto a si las infracciones a la Constitución deben ser consideradas como causales para destituir a los altos funcionarios del Estado y qué tratamiento debería dársele. El problema viene desde que, en la gran mayoría de casos, dada la vaguedad semántica de la Constitución, resulta difícil imputar responsabilidad a un funcionario por la afectación de sus disposiciones normativas. En dicho contexto, algunas propuestas, que entienden que es necesario adjudicar responsabilidad a los altos funcionarios por violación de

la Constitución, alegan por la tipificación de las infracciones o, por lo menos, por una graduación de las estas, según el impacto de la inconducta funcional en los mandatos o prohibiciones constitucionales. Asimismo, se ha propuesto que el juzgamiento se lleve a cabo por la Corte Suprema de Justicia o una Corte especialmente conformada para tal efecto, como en el caso de Francia.

Bibliografía consultada

- **EGUIGUREN PRAELI, Francisco.** *La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2007.
- **GARCÍA CHÁVARRI, Abraham.** *Acusación constitucional, juicio político y antejuicio. Desarrollo teórico y tratamiento jurisprudencial*. Jurista Editores, Lima, 2008.
- ▶ **Voces relacionadas:** Antejudio político, Infracción a la Constitución, Juicio político.

INJUSTICIA EXTREMA

La denominada “fórmula Radbruch” debe su nombre al filósofo del Derecho alemán Gustav Radbruch (1878-1950), quien basándose en una perspectiva de algún modo iusnaturalista, postuló que el derecho extremadamente injusto no era derecho.

Varias premisas merecen ser aclaradas previamente para comprender el planteo del autor. En primer lugar, destaca su “idea” del Derecho, que conceptualiza como el fundamento de una obra humana impregnada de valor. Por otro lado, Radbruch rescata la íntima conexión entre el fenómeno jurídico y la “naturaleza

de la cosa”, al reconocer que “las ideas jurídicas están determinadas esencialmente para y por la materia jurídica, la época respectiva, la nación en cuestión”. A partir de esta consideración, concluye que es la realidad la que termina siempre influyendo sobre o determinando los valores que ordenan una sociedad, y no al revés, si bien aquella no puede contradecir el espíritu de la ley, aunque sí inspirar al legislador.

Asumir que el derecho es una construcción social cimentado sobre la base de ciertos valores, le permitirá a Radbruch identificar dentro de éstos, y en primer término, al valor justicia, en su dimensión individualista liberal. Por eso dirá el autor que el fin del Derecho es, precisamente, un asunto ético. Con todo, ese nexo esencial que Radbruch tiende entre derecho y moral no le hace perder de vista el riesgo al cual se expone su tesis, cual es la ausencia de seguridad jurídica. Para sortear este obstáculo, el autor define: “allí donde la injusticia del derecho positivo alcanza tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto deberá ceder paso a la justicia”. Así entendida, la seguridad jurídica ocupa un lugar intermedio entre la utilidad y la justicia. Con todo, considera que la tarea de privar de valor jurídico a leyes de este tipo, no debería estar en manos de cualquier juez, sino solo de un alto tribunal o del propio legislador.

Radbruch pone en práctica su teoría al analizar el Derecho nazi. Y así concluye: “carecen (...) de juridicidad todas esas leyes que aplicaban un trato inhumano o les negaban los derechos humanos a ciertos hombres (...) Estos no son más que algunos ejemplos de leyes

que no son Derecho". Asimismo, postula lo que Alexy denomina el argumento de la "contradicción insoportable": "cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia (...) entonces no estamos solo ante una ley que establece un derecho defectuoso, sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho".

La "fórmula Radbruch" tuvo recepción en algunas sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán. El caso más famoso es el de los guardianes del muro, oportunidad en la cual el Tribunal tuvo que analizar la legislación de la República Democrática Alemana (RDA) que autorizaba a los centinelas a disparar contra las personas que intentaran saltar el muro de Berlín para huir de la Alemania Occidental. El caso trataba de los recursos de amparo interpuestos por dos soldados que habían disparado contra un hombre de 29 años, quien murió en el acto. El Tribunal Territorial de Berlín había decidido, en aplicación del principio de proporcionalidad, que el homicidio no estaba justificado, al no estarse en presencia de un delito. El Tribunal Supremo Federal, en cambio, opinó que no podía interpretarse hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, pues eso implicaría aplicar una especie de "retroactividad encubierta"; en su concepto, al derecho positivo no solo correspondía el tenor literal de la norma, sino también la "práctica interpretativa", a partir de lo cual decidió que el hecho estaba justificado "según el entonces vigente derecho de la RDA".

Llegado el caso al Tribunal Constitucional Federal [BVerfG, Eu GRZ 1996, 538 (549)], este parte por hacer una

distinción: la prohibición absoluta de irretroactividad (reconocida en el artículo 103.2 de la Ley Fundamental) solo goza de validez estricta en situaciones de "normalidad" en el que imperan la democracia y la división de poderes. En cambio, en el escenario enjuiciado, esas condiciones mínimas no estaban dadas. Por tanto, para el Tribunal, existía un conflicto entre el mandato de justicia material el Estado de Derecho y la prohibición de irretroactividad que la Constitución establece. Y concluye: la prohibición de retroactividad debe inaplicarse: a) cuando ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos son respetados; y b) cuando bajo tales circunstancias se prevean causas de justificación que amparen derecho extremadamente injusto.

Bibliografía consultada

- VIGO, Rodolfo. *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*. Fontamara, México D.F., 2008.

INMUNIDAD PARLAMENTARIA

La inmunidad de arresto y de proceso forma parte, junto con la inviolabilidad por los votos y opiniones, de las llamadas "prerrogativas parlamentarias". Hoy se le entiende, sin embargo, más que como un derecho o privilegio que va unido a la persona del congresista, como una garantía institucional del Parlamento, para el adecuado desenvolvimiento de sus funciones. La inmunidad nace en un contexto específico, como una garantía conquistada por los "comunes" en su lucha por reunirse en Parlamento, dados los arrestos que sufrían

cuando se trasladaban (en el Medioevo inglés) de sus ciudades de origen a la sede del Parlamento. En sus inicios fue pues una *freedom from arrest*. La inmunidad parlamentaria se consolida luego, en las primeras constituciones de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, en el intento del Parlamento de protegerse de la autoridad del Rey y de la influencia de este en las autoridades judiciales. Los revolucionarios ingleses, franceses y americanos pretendían impedir que el Rey, a través de funcionarios judiciales, procediese a enjuiciar o detener a los parlamentarios, con el único objeto de obstaculizar la formación de la voluntad parlamentaria.

Con el paso del tiempo, sin embargo, el fundamento de la inmunidad parlamentaria ha ido perdiendo sentido. No existe, para empezar, tal amenaza para la permanencia del Parlamento, el cual a pesar de su descrédito sigue siendo una institución indispensable para la vida en democracia; la independencia de los jueces es una garantía del Estado de Derecho; y la denominada “democracia de partidos” hace del Parlamento un órgano que actúa más que como garantía del congresista frente a las persecuciones políticas, como un instrumento de motivaciones políticas que puede operar contra algunos parlamentarios, dependiendo de la conformación de la mayoría en el Congreso. Además de ello, la inmunidad entra en conflicto con la protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos, como el derecho de acceso a la justicia (e incluso el derecho a la verdad) de las víctimas del supuesto delito cometido por el parlamentario y el derecho a la igualdad ante la ley. Es por este conjunto de razones que, recurrentemente se pone en tela de juicio la

existencia de esta institución, y que en algunos países se ha decidido suprimirla o reducirla, como en el caso de Italia y Francia (mediante reformas de 1993 y 1995, respectivamente), donde solo se ha conservado la inmunidad de arresto, mas no de proceso.

La inmunidad parlamentaria, comprende de acuerdo al artículo 93 de nuestra Constitución, la inmunidad de arresto y de proceso. La primera impide que se abra proceso penal a un congresista, hasta que el Parlamento levante la inmunidad y conceda la autorización correspondiente. La segunda supone que sobre el parlamentario no cabe dictar orden de detención, sin previa autorización, también del Congreso. La inviolabilidad por los votos u opiniones, por su parte, libra al congresista de responsabilidad penal por los votos u opiniones expresados en el desempeño de su función. Mientras la inmunidad solo posterga el inicio del proceso penal hasta la autorización del Parlamento o hasta el término del mandato congresal, la inviolabilidad exime de la propia responsabilidad penal. En nuestro país, la inmunidad de arresto y de proceso, solo es por los delitos comunes, pues en el caso de los delitos cometidos por los congresistas con ocasión del ejercicio de la función, opera la figura del antejuicio político.

En cuanto a la extensión de estas “prerogativas parlamentarias”, el Tribunal Constitucional ha interpretado que es legítimo que la inmunidad no proteja al congresista por los procesos penales iniciados con anterioridad a su proclamación como congresista, lo cual es correcto si entendemos que antes de su elección difícilmente puede postularse

una motivación política en el inicio de un proceso penal (aunque sí puede suceder que el trámite del proceso se encuentre rodeado de motivaciones de este tipo); mientras que la inviolabilidad –ha dicho el Tribunal– debe restringirse a intervenciones efectuadas en el ejercicio de sus funciones, fuera de lo cual sí cabe exigir responsabilidad por sus expresiones (STC Exp. Nº 0026-2006-PI/TC). Las funciones del parlamentario, sin embargo, son diversas (más allá de su intervención en los debates parlamentarios, hoy se le reconoce labores de representación y fiscalización, además de su rol esencialmente político en la formación de la opinión pública, lo cual le da un amplio margen de acción) y no es pacífico el ámbito de estas funciones que debe quedar protegido por la inviolabilidad.

Finalmente, es preciso destacar que en el procedimiento de levantamiento de la inmunidad parlamentaria (la concesión del suplicatorio, como se llama en otros países) la labor del Congreso se centra en determinar si las motivaciones políticas de una denuncia penal han convertido a esta en un acto esencialmente arbitrario, que solo busca alejar al parlamentario denunciado del Congreso. El examen del Congreso sobre la denuncia penal y el suplicatorio es, por tanto, esencialmente jurídico, de corrección mínima y sustento legal de la denuncia. Por dicha razón es que en España, por ejemplo, se ha ensayado un control jurisdiccional sobre la resolución del Congreso que admite o deniega el suplicatorio, lo cual aun cuando parece lógico, termina vaciando de sentido la figura de la inmunidad parlamentaria, constituyendo un paso previo a su desaparición definitiva.

Bibliografía consultada

- **ABELLÁN, Ángel Manuel.** *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales.* Tecnos, Madrid, 1992.
- **VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido.** *El juez natural de los parlamentarios.* Civitas, Madrid, 2000.

INTEGRACIÓN JURÍDICA

Es la operación en virtud del cual se procede a completar o (lo que es lo mismo) “integrar” el sistema jurídico que padece de una laguna normativa. La laguna normativa es la presencia de casos relevantes que el sistema jurídico no les ha asignado una solución jurídica; es decir, son supuestos fácticos que carecen de toda calificación deóntica. Por ello, el concepto de integración está ligado a la tesis de la no plenitud del sistema jurídico, según el cual el sistema es contingentemente incompleto para proveer de todas las soluciones jurídicas definitivas a todos los casos prácticos importantes.

Hay que diferenciar la interpretación de la integración jurídica. Ambos son distintos. Mientras en la interpretación el operador jurídico determina el contenido y el alcance de una norma ya preexistente en el sistema, inclusive con palabras inapropiadas para expresar la conducta exigida y, en ese sentido, en el momento de la aplicación, la norma es siempre la misma; la integración, en cambio, está condicionada por la ausencia de una solución normativa al que se procede a subsanar creando, por distintos procedimientos, una norma nueva para el caso concreto.

Utilizando la terminología carneltuttiana, se distinguen en la doctrina dos mecanismos de integración jurídica, la heterointegración y la autointegración.

■ Heterointegración

El método de la heterointegración sucede cuando la laguna existente es colmada recurriendo:

A. A ordenamientos distintos del propio.

Encontramos básicamente tres casos: El primero, ya prácticamente en desuso, sucede cuando la remisión es hacia una normativa *supra* positiva como el Derecho Natural, así por ejemplo, el artículo 7 del Código Civil de Austria de 1812 prescribía que en los casos de vacío insubsanable del derecho positivo el juez debía recurrir a los “principios generales del Derecho Natural”. Un segundo caso, menos impreciso que el anterior, ocurre cuando la integración se concentra en ordenamientos jurídicos pretéritos, tal es el caso del Derecho romano, considerado comúnmente como fuente de conocimiento por su valor histórico. Y un tercer caso se presenta cuando se llena la laguna recurriendo a ordenamientos actuales, pero extranjeros: El Derecho comparado.

B. A fuentes distintas de la dominante que, en nuestro sistema jurídico de influencia continental europeo, es la “ley”. En otros sistemas como el anglosajón la jurisprudencia es la principal fuente de regulación. La heterointegración acude normalmente a tres recursos distintos de la ley: La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina jurídica.

■ Autointegración

El método de la autointegración se caracteriza, porque se colma la laguna normativa sirviéndose de las normas mismas que pertenecen al sistema jurídico, sea del ordenamiento en general o de alguno de sus sectores. Los procedimientos de autointegración más importantes son la “analogía” y los “principios generales del Derecho”.

■ Analogía jurídica

Es un razonamiento lógico que se caracteriza por ir “de lo particular” “a lo particular”; es decir, la analogía consiste en extender la solución normativa de un caso regulado por el sistema a un caso no regulado que, sin ser ambos idénticos, comparten no obstante propiedades relevantes. La analogía es el procedimiento más típico para reconstruir las zonas carentes de regulación en el sistema jurídico, además que le permite innovarse (en la medida de lo posible) a la par que la complejidad del medio social a la que procura regular. Por eso, coadyuva a que el sistema jurídico no se mantenga quieto o estático, sino que lo dinamiza, conjuntamente con otras figuras como la interpretación, la derogación, etc.

El fundamento de la analogía jurídica es el principio de igualdad que exige que los casos semejantes deben recibir semejante tratamiento. En ese sentido, la analogía es un instrumento de la justicia formal.

Pero, la analogía tiene límites. En su fórmula general, la analogía no está permitida para establecer excepciones

ni para restringir derechos. La más conocida cortapisa sucede en el ámbito del Derecho Penal. Aquí no se permite la analogía como un criterio para sobrecriminalizar conductas. Consabido es que los límites de la punibilidad están regidas por los principios de legalidad y reserva como una garantía de la libertad y seguridad de los individuos.

■ Analogía legal o analogía legis

Este procedimiento es como se ha descrito hasta el momento a la analogía jurídica. En realidad es la analogía propiamente dicha. Ocurre cuando la norma que sirve de base para completar la laguna normativa, es una norma concreta que regula un caso afín del que se traslada su consecuencia al caso sin solución.

■ Analogía de Derecho o analogía iuris

En este tipo de procedimiento, la autointegración se concentra no en una norma particular, sino que el reenvío se dirige i) hasta un grupo de normas, por ejemplo, las que regulan una determinada institución jurídica (*analogia iuris imperfecta*) o ii) hasta el ordenamiento jurídico considerado como un todo que pretende plenitud y coherencia (*analogia iuris perfecta*). La doctrina los denomina "principio generales del Derecho". En *sensu stricto* no constituye un razonamiento analógico, porque no se extienden soluciones jurídicas ni se comparan semejanzas relevantes de casos regulados y no regulados; solo

constituye un tipo especial de autointegración y su utilización se da por defecto de la *analogia legis*.

■ Bibliografía consultada

- **BOBBIO, Norberto.** *Teoría General del Derecho*. Segunda edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

INTERÉS GENERAL

La expresión *interés general* no es una noción comúnmente abordada en el ámbito jurídico; pese a ello, es evidente su relación con la terminología *bien común*, presente en las teorías del Estado y en algunas instituciones del Derecho Constitucional. Asimismo, podría considerarse que esta noción ha estado presente en la Constitución de 1979 a través del término *interés social* o, incluso, nos remite de forma más ambigua al *interés público*, señalado en la actual Constitución de 1993.

De forma mayoritaria, se ha hecho alusión al concepto de *interés general* de forma indistinta al concepto de *bien común*. Aunque el *bien común* es un concepto aristotélico, con una clara reminiscencia al ideal griego de felicidad, es a partir de las tesis de Rousseau que se postula una identidad entre los términos *interés general* –más exactamente, *voluntad general*– y *bien común*. Dicho autor desarrolla la *voluntad general* como el punto neurálgico para entender el principio de soberanía que hemos delegado en el Estado y como parámetro perfecto para tender a la mejor organización social posible. Así entendida, la *voluntad general* es la síntesis perfecta que elimina las contradicciones e intereses particulares, y representa el espíritu o sentir del pueblo, siendo siempre recta.

Dicha voluntad absoluta, que no yerra y que busca el bien común, es también una ficción, que en su versión más ortodoxa se entronca con las teorías marxistas menos depuradas.

Es desde esta tradición que la noción de interés general es entendida como bienestar general, a la que la teoría política ha puesto especial atención. Visto así, el interés general vendría a ser el conjunto de objetivos vitales que se persiguen en el seno de una sociedad, y que buscan alcanzar el mayor desarrollo posible así como las mejores condiciones sociales para los individuos que la conforman, siempre acorde a los valores y principios que los rigen. Ello presupone la existencia de un objetivo o bien (común) específicamente determinado, que cumpla la función de ser la meta social o colectiva final, entendiéndola no como una sumatoria de fines o intereses personales, sino presentándose como una síntesis de todas ellas, como una especie de bien mayor.

En el campo estrictamente jurídico, la doctrina ha denominado *interés social* a esta especie de función social que hace prevalecer el interés general como instrumento o técnica que prioriza la necesidad de atender la utilidad colectiva sobre la marcha de la economía. De esta forma, el interés social es el concepto de bien común despejado de sus connotaciones más filosóficas e individualistas y que busca el bienestar general primero a través de bienes públicos indirectos antes que particulares, como son la justicia, el orden y la equidad para el conjunto. No es pues una fórmula de gobierno, sino un principio rector que también se traduce en procurar brindar bienes indispensables para todos (seguridad, vivienda, trabajo, formación, salud,

transporte). Ello ha dado lugar a variadas formas de enfocar la función estatal, que van desde medidas proteccionistas hasta programas sociales de distinta intensidad. Pero sin duda, el punto más controvertido se da cuando el interés social es aplicado para limitar excesivamente el derecho de propiedad.

Es por eso, que parte de la doctrina contemporánea ha criticado el concepto de interés social, pues considera que es un discurso estrictamente ideológico, sujeto a arbitrariedades. Dichas tesis sostienen que, habiéndose superado las nociones del Estado-empresa o del Estado paternalista, se debe mantener los atributos y garantías que rigen sobre el derecho de propiedad, manteniéndose límites más flexibles como el de interés o necesidad pública, que es más útil para el régimen económico presente en nuestra actual Constitución. Ello, en la medida en que este nuevo parámetro va acorde a la inviolabilidad del derecho a la propiedad y, aunque mantiene una comprensión sobre el bien común, esta es limitada, pues es entendida desde una perspectiva básicamente individual.

Bibliografía consultada

- **FERRERO COSTA, Raúl.** *La gobernabilidad.* Grijley, Lima, 2003.
- **FERRERO REBAGLIATI, Raúl.** *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional.* Octava edición, Grijley, Lima, 2003.
- **KRESALJA ROSELLÓ, Baldo.** *Derecho Constitucional Económico.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- **ROUSSEAU, Jean-Jacques.** *El Contrato Social.* Mestas, Madrid, 2001.
- ▶ **Voz relacionada:** Derecho a la propiedad.

INTERESES DIFUSOS

Ver: Derechos difusos, Derechos colectivos.

INTERPRETACIÓN

Interpretar significa dar sentido a algo. Puede entenderse que dicha tarea recae en objetos de diversa índole como un fenómeno cultural, un determinado enunciado lingüístico, o incluso dicha expresión lingüística pero ante la duda en un “caso concreto de comunicación”.

Sin embargo, al referirse propiamente a la interpretación jurídica, esta implica dar un determinado sentido a un enunciado jurídico. Entonces, se tiene un dispositivo legal o enunciado (“disposición”), el cual luego de brindarle determinado sentido permite obtener un producto (“norma”) y, en función de ella, un conjunto de derechos (con sus correlativas obligaciones) que pueden ser exigidas (“posición”). Ello, además, puede entenderse desde una perspectiva encaminada a preservar la certeza, estabilidad y predictibilidad de los dispositivos jurídicos (interpretación estática) o bien optar por adaptar los enunciados normativos a las ideas vigentes en la sociedad (interpretación dinámica).

Se plantean diversas aproximaciones posibles al fenómeno de la interpretación jurídica. Desde una perspectiva más tradicional, se la circunscribe o se le remite de manera prioritaria a una atribución de sentido desde la literalidad de los términos presentes en el dispositivo legal (“método literal”), o, a lo sumo, la intención del legislador al dictar dicho enunciado (“método histórico”), la finalidad o razón de ser de la norma (“método de *ratio*

legis”) o, incluso a su ubicación en determinado cuerpo normativo, o al específico título o capítulo al interior de él (“método sistemático por ubicación”) o su alusión a determinada noción que sí figura de manera clara en otra norma jurídica (“método sistemático por comparación”).

No obstante, enmarcada en un Estado Constitucional, la interpretación jurídica trasciende tales métodos tradicionales, especialmente por la ya consabida supremacía de la Constitución, que obliga a que todo enunciado jurídico se le atribuya un sentido que resulta conforme con la Carta Constitucional del Estado (“interpretación conforme con la Constitución”) y, de no ser ella posible, incluso que se habilite su posible exclusión del ordenamiento jurídico o su inaplicación, según el modelo de control de constitucionalidad (concentrado o difuso) adoptado.

Por lo tanto, la interpretación jurídica no puede ceñirse a una comprensión formalista o circunscrita a métodos tradicionales, sino que refleja un proceso intelectual-volitivo por parte de los jueces, en el marco de la discrecionalidad que les habilita el ordenamiento jurídico vigente (incluida la Constitución) y con la correlativa exigencia de justificar o motivar sus fallos para hacer explícita la interpretación realizada (que parte de la disposición para llegar a la norma), lo que deriva, en el mismo acto, en su aplicación al caso concreto que se viene conociendo.

Se trata de una labor que reviste especial complejidad en razón de una serie de factores que son los siguientes: (a) no existe una sola fuente de interpretación o un único intérprete posible; (b) la validez de la decisión interpretativa no es uniforme; (c) existen diferentes tipos de

textos susceptibles de ser interpretados; y (d) la calificación de la interpretación pueda ser distinta.

Desde los sujetos que llevan a cabo estas labores de interpretación, puede tratarse de los siguientes tipos de interpretación:

- i) La interpretación llevada a cabo por el propio legislador (interpretación auténtica).
- ii) La interpretación a cargo de órganos específicos del Estado que cuentan con competencias interpretativas especiales (como el Consejo de Estado o el Consejo Constitucional en determinados ordenamientos).
- iii) La interpretación efectuada por los órganos que interpretan para proceder a la aplicación de la norma en el caso concreto (interpretación práctica, interpretación-decisión o interpretación operativa). En este caso, el órgano competente (generalmente un juez) interpretará las disposiciones jurídicas (para obtener las normas, como sentido producto de la interpretación). Luego, procurará que los hechos probados en la controversia ingresen en el supuesto de hecho de la norma para deducir sus consecuencias, es decir, aplicar el Derecho. Dicha relación entre las labores de interpretación y aplicación se efectúa dentro del margen de acción que el ordenamiento jurídico habilita al órgano competente y con la correlativa exigencia de motivación sobre la base de premisas jurídicas o sustentadas en Derecho y no en sus valoraciones subjetiva, deber que incluye a todas las decisiones adoptadas en su razonamiento hasta llegar a la conclusión final plasmada en el fallo.

iv) La interpretación doctrinal (o teórica) que realizan los dogmáticos jurídicos.

v) La interpretación proveniente de otras fuentes como las partes (y sus representantes) y la opinión pública.

Desde la perspectiva de la validez de la decisión interpretativa, esta puede ostentar una validez para todos los destinatarios de las normas legales válidas (los que tendrán que interpretar obligatoriamente las disposiciones según dicho sentido), resultar obligatoria para un determinado grupo de destinatarios, o incluso que el entender la disposición de esa manera no resulte vinculante sino únicamente influyente. Ante diferentes tipos de validez, lo complejo no es solo que decisiones con alcances distintos o contradictorios puedan resultar aplicables a un mismo grupo de destinatarios, sino incluso cómo se determinan los efectos más generales o más restringidos de una concreta interpretación.

La diversidad de tipos de textos normativos susceptibles de ser interpretados tampoco presentan una uniformidad que determine la labor interpretativa como puramente mecánica o lógica, máxime cuando existen disposiciones que incluyen términos de “contenido jurídico indeterminado” o aquellos que, por su calidad de principios, exigen ser ponderados en el caso concreto.

De igual manera, la “calificación de la interpretación” divergente también presenta complejidad en la medida en que el intérprete debe optar por decidir si su interpretación amplía o reduce los márgenes de una disposición (interpretación extensiva o intensiva) o si se le habilita a que, con su interpretación, llene los vacíos dejados por el enunciado jurídico,

desarrollar lo regulado en él, o incluso contravenirlo (*praeter, secundum y contra legem*, respectivamente).

Finalmente, una interrogante que también se plantea en relación con la interpretación jurídica (al menos aquella denominada “interpretación operativa”) es si ella conlleva en sí misma a que los órganos jurisdiccionales creen Derecho (al entender la interpretación, aplicación y creación como operaciones producto de la misma operación jurídica) e, incluso de aceptarlo (y no pretender su sola aplicación de lo preexistente), si dicha atribución circunscribe su alcance a normas individuales (aplicables solo para la solución del caso concreto) o también como parámetros generales más allá de las partes intervinientes en el caso, en casos iguales o similares hacia el futuro.

Bibliografía consultada

- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho.* Palestra Editores, Lima, 2005.
- **SEGURA ORTEGA, Manuel.** *Sobre la interpretación del Derecho.* Universidad Santiago de Compostela-Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2003.
- **WRÓBLEWSKI, Jerzy.** *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica.* Civitas, Madrid, 1988.
- ▶ **Voz relacionada:** Creación judicial de los jueces.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Al abordar el tema de la interpretación constitucional, tenemos que tener claro que no estamos haciendo referencia a un tipo de interpretación que sea ajeno a la interpretación jurídica en general, por

el contrario, es dentro de este universo en el que se desarrolla, pues, al igual que todo texto legal, las constituciones son generalmente textos escritos o formulaciones normativas susceptibles de interpretación. Sin embargo, lo que no podemos hacer es desconocer que la Constitución es una norma peculiar por su jerarquía normativa, alto contenido valorativo, etc., y estas peculiaridades afectan al método de su interpretación.

Y, precisamente por ello, es que la cuestión de si estas especialidades vienen a configurar un proceso cualitativamente distinto, o más bien solo una diferencia de grado respecto al método de interpretación jurídica en general, es difícil de responder categóricamente. Conviene precisar, en todo caso, que los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices; pero resultan en sí mismos insuficientes y deben ser completados con otros criterios propios.

En ese sentido, se deben considerar: a) *El carácter abierto de la Constitución*, lo que permite diferentes lecturas legítimas de ella. Esta apertura es en ocasiones buscada intencionadamente, tanto para permitir el consenso, como para permitir la adaptación del texto constitucional a las nuevas situaciones o cambios. Sin embargo, el carácter abierto es también consecuencia de la propia naturaleza de los conceptos recogidos en el texto constitucional. En todo caso, dicha apertura no es total, ya que no pueden quedar indeterminados los fundamentos del orden de la comunidad; pero plantea mayores problemas de interpretación, ya que estos conceptos generales conllevan la necesidad de rellenar estas fórmulas con criterios

materiales a veces altamente polémicos y nunca aproblemáticos; b) *su politividad*, pues incluso la elaboración de la Constitución responde a un conjunto de factores políticos. Es imposible evitar esta influencia en el momento mismo de su interpretación ya que “la interpretación constitucional decide sobre problemas políticamente relevantes en mayor medida que la interpretación de otras reglas jurídicas” y está más condicionada por las concretas situaciones de poder y de peso político en las que se encuentran los órganos constitucionales y las fuerzas sociales que están tras ella; y, c) *su carácter axiológico*, derivado igualmente del propio texto constitucional. La frecuencia o proliferación de términos valorativos en los textos constitucionales plantea problemas considerables de interpretación: por un lado, en cuanto a la propia interpretación de tales valores, respecto a la que cabe destacar la importancia de lo que se ha denominado contexto funcional, que en este caso estaría constituido por la axiología política, además de otros elementos como la economía, los valores morales generales, o los valores culturales; por otro lado, los propios principios y valores desempeñan una importante función en la interpretación de la Constitución: (1) encuadran los hechos en una “precomprensión” de sentido y valor, y (2) ensanchan las posibilidades interpretativas.

Los principios más característicos que guían la interpretación constitucional son:

- a) *Principio de unidad de la Constitución*; en virtud de la cual la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto
- b) *Principio de concordancia práctica*; que se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos. Conlleva la complejidad de resolver, en ciertos casos, el problema que se plantea cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. Exige del intérprete constitucional un alto grado de ponderación de los valores en conflicto, buscando que prevalezca el equilibrio en la protección de los derechos, los que deben ser conservados en su mayor medida, salvo cuando la Carta les confiere expresamente un grado de prevalencia de uno sobre otro.
- c) *Principio de eficacia integrada de la Constitución*; a través del cual se valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo. Con ello se afirma el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra a los valores minoritarios con el

mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de los intereses sociales, dentro de la unidad política.

- d) *Principio de fuerza normativa de la Constitución*; que parte de la base de que todos los textos constitucionales tienen valor normativo. Responde a la visión actual de que todas las normas constitucionales son vinculantes en su letra o en su espíritu. Por lo tanto, tal como lo indica Ignacio de Otto, si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más.
- e) *Principio de adaptación a las circunstancias*, que está en estrecha relación con el principio de eficacia integradora de la Constitución y consiste en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación.

Bibliografía consultada

- **CANOSA USERA, Raúl.** *Interpretación constitucional y fórmula política.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- **DÍAZ REVORIO, Francisco.** *La "Constitución abierta" y su interpretación.* Palestra, Lima, 2004.
- **DÍAZ REVORIO, Francisco.** *Valores superiores e interpretación constitucional.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Tercera edición, Civitas, Madrid, 1985.

IURA NOVIT CURIA

Este principio procesal, reconocido expresamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que constituye un deber del órgano jurisdiccional aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. En la misma línea de su antecedente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, este derecho posibilita que el juez aplique la norma jurídica pertinente a la situación concreta, aunque las partes no la hayan invocado o lo hayan hecho con error.

Entonces, se presupone que es el juez, como director del proceso, el que conoce mejor el Derecho y, por tanto, el que puede, con libertad, valorar los hechos probados y determinar cuál es el derecho realmente aplicable en el caso concreto sometido a su conocimiento. Adicionalmente, dicha atribución, como toda actuación en el marco de un proceso constitucional, debe encaminarse a la consecución de los fines de este tipo de procesos: la supremacía de la Constitución y, especialmente, la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Por tanto, una de las particularidades de la aplicación de este principio en el proceso constitucional es que la obligación del órgano jurisdiccional de aplicar el derecho objetivo implica, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo incluido dentro del derecho objetivo (STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC), por lo que pese a que el demandante no invoque determinados derechos, el juez (y, en concreto, el Tribunal Constitucional) puede pronunciarse respecto

de otros derechos (STC Exp. N° 0256-2003-HC/TC).

Sin embargo, pese a reconocer este margen de acción del juez para el logro de dichos fines, este principio presenta algunos límites en su aplicación. Por tanto, no habilita al órgano jurisdiccional, incluso en un proceso constitucional, a efectuar lo siguiente: a) alterar o incorporar hechos distintos a los invocados por las partes o terceros con legitimación, b) variar el objeto de pretensión o petición concreta formulado en el petitorio; c) subsanar las imprecisiones en que hubiera incurrido el demandante para determinar el objeto de su pretensión.

En suma, la desvinculación de lo expresamente señalado por los demandantes solo podrá permitirse en el supuesto en que la tutela eficaz de sus derechos constitucionales se pueda desprender de manera implícita de la demanda u otras actuaciones procesales (“voluntad implícita”), pese a su planteamiento erróneo por los afectados (STC Exp. N° 0569-2003-AC/TC).

Ahora bien, como también ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 4080-2004-AC/TC), otro límite para los órganos jurisdiccionales en la aplicación de este principio es el derecho de defensa de las partes procesales, cuyo pleno ejercicio debe garantizarse incluso ante la adecuación que efectúe el órgano jurisdiccional en aplicación del principio *iura novit curia*.

Bibliografía consultada

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Segunda edición, Palestra, Lima, 2006.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Comentario al artículo VII del Título

Preliminar del Código Procesal Constitucional”. En: Jhonny Tupayachi, (Coordinador). *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*. Adrus, Arequipa, 2009.

- MONROY GÁLVEZ, Juan. “Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992”. En: *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Comunidad, Lima, 2003.
- ▶ **Voz relacionada:** Suplencia de queja deficiente.

IUSNATURALISMO

Para una mejor comprensión de lo que por iusnaturalismo se debe entender, es imprescindible establecer primero el significado y la implicancia subyacente de “lo natural”. Y si por este entendemos aquello que forma parte esencial del ser, es decir, el sustrato de lo que algo es, claramente el papel de la expresión “naturaleza” es *racionalizar*, esto es, hacer inteligible o aprehensible esos elementos que hacen que algo sea lo que *es* (esencia o sustancia), pues previo a dicha racionalización, la existencia de estos, aunque en forma universal, solo es intuitivamente captada por el espíritu. Al racionalizarse ese sustrato, se vuelve apto para servir a un poder [saber], en este caso el derecho: lo habilita para satisfacer una utilidad. De ahí que la transición de lo natural a lo positivo, le proporciona su base definitiva y a la vez le atribuye efectos prácticos.

Esa naturaleza aprehensible puede situarse *en el hombre*, lo que da lugar a la expresión «naturaleza del hombre», idea presente tanto en el iusnaturalismo teológico medieval como en el iusnaturalismo racionalista moderno. Se habla también en este caso de “derecho(s)

natural(es)” o “iusnaturalismo”, con diferente contenido en cada época.

■ ~ teológico

Al sobrevenir la Edad Media, a pesar de la pérdida de su importancia política, Roma funcionó como capital cristiana y ello trajo como consecuencia que la filosofía griega llevada a esta nueva época a través de los padres de la Iglesia, como San Agustín y Santo Tomás, fuera impregnada con una visión teológica (basada en dogmas de fe a los que solo se tiene acceso a través de la revelación cristiana o de la propia fe) que aleja el pensamiento de la época del humanismo de Atenas, pues estos padres de la Iglesia solo recogieron de los griegos las ideas que no contradecían su teología.

Así, por ejemplo, Santo Tomás complementó y modificó la ética aristotélica de acuerdo con las exigencias de la fe cristiana, introduciendo nuevos elementos en ella. Pues, si la ética de Aristóteles era una ética de la conducta humana para buscar la felicidad en esta vida, Santo Tomás incorpora a esta visión la consideración de una felicidad perfecta (visión de Dios) que solamente puede conseguirse en la vida futura siguiendo los dictados de la razón para acercarse a Dios.

Esta razón que dirige la actividad del hombre hacia ese fin, está fundada inmediatamente en la misma «naturaleza humana» que es fuente de lo que santo Tomás llama «ley natural». Por lo tanto, la *ley moral*, es racional y natural. Esta *ley natural* (lo necesario a la naturaleza

humana) que es la misma para todos y no cambia, tiene, sin embargo, fundamento en la *ley eterna* que proviene de la razón Divina. La ley del Estado, por su parte, es la *ley humana positiva*, que no es sino fruto de la aplicación de la ley natural por el legislador, el cual la dota de un poder coercitivo mediante la incorporación de sanciones ante su incumplimiento, en busca del bien común.

En síntesis, las *leyes positivas* estatales son extraídas por el legislador de la *ley moral natural*. Esta es expresión de la razón que se encuentra en la naturaleza humana y tiene fundamento en la *ley divina eterna* que proviene de la razón divina, universal, inmutable e infalible, a la que solo se accede por revelación.

■ ~ racionalista

Lo que nace disperso en el renacimiento como emancipación de lo divino, alcanza su madurez y generalización en la Ilustración con el hombre racional, legislador de su propia conducta. A estas alturas el hombre ya ha dejado de lado a Dios, lo que sumado al imperante racionalismo exacerbado de base cartesiana, ha hecho que «la naturaleza del hombre adquiera su autonomía», pues ha logrado desprenderse de todo fundamento ontológico unificador (naturaleza de las cosas) que lo ilumina o dirige. Entonces, no podrá ser sino de su propia naturaleza, ahora independiente de cualquier condicionamiento externo, de donde el hombre deberá extraer las reglas universales de la conducta humana, a través de la razón. Ello da lugar

a que podamos hablar de «derecho natural racional» o «iusnaturalismo racionalista».

De esta manera, el individuo –su naturaleza– se presenta como “fuente” de derechos, lo que da lugar a que se hable ahora de “derechos naturales” del hombre. Expresado en plural, no por casualidad ni para dar cuenta de su cantidad, sino para destacar que fruto de la visión individualista del momento esos derechos no son necesariamente comunes a todos los hombres sino que en cada caso pueden resultar diferentes. Son estos derechos naturales los que a partir de ese momento se presentan como una barrera defensiva contra la ley positiva, pues esta solo podrá encontrar fundamento en esos derechos, y por lo tanto, su función debe ser, entre otras, la de defenderlos y respetarlos.

Hoy, es a esta última concepción de Derecho natural a la que se hace referencia cuando se habla de “iusnaturalismo”, pues como es evidente la versión teológica del iusnaturalismo ha quedado ya de lado, o por lo menos relegada al ámbito del Derecho Canónico. Incluso cuando se habla del tradicional conflicto entre positivismo y iusnaturalismo se está haciendo mención a esta versión. Por

lo tanto, se debe dejar claramente establecido que las tesis que actualmente defienden quienes asumen esta postura en el ámbito jurídico son dos fundamentalmente: a) *Tesis metaética o de filosofía moral, en virtud de la cual se sostiene que existe un orden natural objetivo o principios de justicia universalmente válidos que las personas podemos conocer*. Los autores iusnaturalistas llamaban a estos principios, principios de Derecho natural; y, b) *Tesis de la vinculación*: según la cual existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho y ese orden moral objetivo, por lo que el derecho positivo que nace y regula las relaciones entre las personas debe ajustarse al contenido de esos principios, sino, no es Derecho. En síntesis, cabría decir que un autor iusnaturalista sostiene conjuntamente las dos tesis: existencia de principios morales objetivos y la idea que el Derecho natural determina el derecho positivo.

Bibliografía consultada

- **BOBBIO, Norberto.** *Estudios de Historia de la Filosofía*. Debate, Madrid, 1991.
- **COPLESTON, Frederick.** *Historia de la Filosofía*. Vol. I, séptima edición, Ariel, Barcelona, 2004.

JUEZ HÉRCULES

Es un juez ideal en la teoría jurídica del profesor norteamericano Ronald Dworkin. El juez Hércules es nombrado en *Los derechos en serio* (1977) y en trabajos posteriores como un juez omnisciente con cualidades superlativas capaz de recoger las respuestas correctas o verdaderas que ofrece el Derecho para cada caso jurídico por complejo que sea.

La metáfora del juez de Dworkin pasa por considerar que el positivismo jurídico (hartiano) está errado, porque concibe que los jueces solo aplican reglas jurídicas en la resolución de los casos; y que en los casos difíciles, o sea en los supuestos de indeterminación de la solución normativa, el juez actúa como legislador (intersticial) y crea derecho para el caso al respecto. La construcción dworkiniana se opone a esta discrecionalidad fuerte y plantea que los jueces aplican además de reglas jurídicas, “principios”; principios cuyo “pedigree” no es una fuente social, sino una exigencia de la moralidad y que sirven de soporte subyacente al derecho legislado y estructuran el orden jurídico de una comunidad política determinada.

El juez Hércules, dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia

sobrehumanas, acepta el Derecho como integridad; virtud política como la equidad, la justicia y el debido proceso, que concibe a la comunidad como un sistema congruente de principios institucionalizados históricamente de los cuales fluyen también derechos y deberes para los individuos. Hércules conoce no solo el derecho legislado, sino además estos principios y realiza un arduo trabajo en el proceso de adjudicación de la respuesta correcta única, aún en los casos más difíciles y controvertidos. En la resolución de un caso Hércules dispone de tiempo ilimitado, tiene a su alcance toda la información relevante, es sabedor de todas las decisiones presentes, pasadas y de la doctrina jurídica. Elabora una teoría jurídica normativa que justifique la mejor solución, ponderando satisfactoriamente los argumentos que proveen los principios en armonía con el Derecho histórico y vigente.

El modelo hercúleo de racionalidad jurídica decisional de orientación ética del planteamiento dworkiniano sirve solo como un ideal que la jurisdicción del Estado debe aspirar. La infalibilidad de las soluciones tomadas por los jueces no es un modelo real; la práctica legal, por el contrario, de jueces de carne y hueso, demuestra que existen las limitaciones

humanas obvias de carecer de todo el conocimiento jurídico, del tiempo suficiente y de toda la información probatoria para tomar la decisión más justa. Sin mencionar (aceptando la postura moral de Dworkin) la dificultad de ubicar las respuestas correctas y saber que se han encontrado.

Bibliografía consultada

- **DWORKIN, Ronald.** *El imperio de la justicia.* Traducción de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.
- **DWORKIN, Ronald.** *Los derechos en serio.* Ariel, Barcelona, 1984.
- **OST, François.** "Júpiter, Hércules y Hermes: Tres modelos de juez". En: *Doxa.* N° 14, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1993.

JUICIO POLÍTICO

El juicio político, como mecanismo para exigir responsabilidad a los altos funcionarios del Estado, surge en Inglaterra, en el siglo XIV, a través de la figura del *impeachment*. En la época de los Estuardo, este mecanismo fue utilizado activamente por el Parlamento inglés, más que como una forma de determinar la responsabilidad penal de un funcionario de confianza del Rey (dado el carácter de tribunal de última instancia de la Cámara de los Lores), como un arma política en la lucha del Parlamento contra el absolutismo real. El *impeachment* se convertiría así en una espada de Damocles que pendía sobre el funcionario del gobierno que disgustase al Parlamento o no alcanzare su confianza. La presencia de este mecanismo de responsabilidad en manos del Parlamento inglés permitiría pues, a la postre, el

surgimiento de las figuras de la moción de censura (*remotrance*) y la cuestión de confianza, esenciales en la formación del sistema parlamentario de gobierno. Su carácter de arma política se vería claramente reflejado en el famoso alegato de Edmund Burke contra Warren Hasting, exgobernador de la India (1795), donde el filósofo inglés alegaría por un juicio, no con base en las finuras de una jurisprudencia estricta, sino en los principios de una moralidad de Estado. Con el asentamiento definitivo del modelo parlamentario de confianza política, el *impeachment* desaparecería de la práctica judicial inglesa. El juicio político, sin embargo, es adoptado por Estados Unidos en su Constitución de 1787, dentro del delicado sistema de pesos y contrapesos ideado por los constituyentes de Filadelfia. Hamilton argumentaría pues, que solo un órgano tan poderoso como el Senado podía tener la imparcialidad y la fuerza necesaria para juzgar al Presidente y otros altos funcionarios del Estado. El juicio político, debido a la enorme influencia del sistema político norteamericano, sería recibido también en diversos países de América Latina, como México, Argentina y Colombia.

Este mecanismo de responsabilidad, con sus variantes, funciona de la siguiente manera: La Cámara de Representantes (de Diputados o Cámara Baja) acusa a un alto funcionario estatal (Presidente de la República, congresistas, ministros o secretarios, así como a altos funcionarios judiciales en algunos casos) ante el Senado o Cámara Alta (la que se convierte en una especie de alta corte) por la comisión de algún delito cometido con ocasión del ejercicio de la función, una grave violación de la Constitución, mala administración u otros delitos o

faltas graves. El Senado o Cámara Alta, si aprueba la acusación efectuada por la Cámara Baja, procede a destituir al funcionario e inhabilitarlo de la función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza política o jurídica del juicio político. El hecho de que las faltas por las que se sanciona tengan el revestimiento de infracciones jurídicas y de que se adopten las formas de un juicio (con ejercicio del derecho de defensa, como ha exigido la Corte Interamericana en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano) han llevado a pensar en la naturaleza jurídica de esta figura. Sin embargo, a pesar de la introducción de estas “formas jurídicas” en el juzgamiento, parece claro que la sanción indefectiblemente se hará con base en consideraciones políticas, como alegaba Burke en su clásico alegato. El carácter político del órgano que acusa y juzga en el juicio político, hace pues imposible una imputación estrictamente jurídica de la falta cometida por el alto funcionario.

En los países donde se ha recogido la figura del juicio político, su práctica ha sido muy escasa y no podría decirse que ha contribuido a la exigencia de responsabilidad de los altos funcionarios públicos; probablemente porque, contrariamente a lo imaginado por Hamilton, en el esquema de un Gobierno secundado por una mayoría partidaria disciplinada en el Parlamento, lo menos que posea este sea imparcialidad. La práctica de este mecanismo de responsabilidad ha estado, más bien, muchas veces orientada a la persecución de funcionarios no afines a los gobiernos de turno (como

ha sido la experiencia en Estados Unidos, Argentina y también en el Perú). En nuestro país, en contra de nuestra tradición constitucional, la Constitución de 1993 ha introducido el mecanismo del juicio político en sus artículos 99 y 100, para el juzgamiento de delitos cometidos en el ejercicio de la función e infracciones a la Constitución. El Tribunal Constitucional ha interpretado, sin embargo, que el juicio político solo se encuentra regulado para el caso de las infracciones constitucionales y no de los delitos de función, pues el juzgamiento de estos es de competencia exclusiva del Poder Judicial (STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC).

Bibliografía consultada

- **ARMAGNAGUE, Juan.** *Juicio político y jurado de enjuiciamiento en la nueva Constitución nacional.* Depalma, Buenos Aires, 1995.
- **PÉREZ LIÑÁN, Aníbal.** *Juicio político al Presidente y nueva inestabilidad política en América.* Fondo de Cultura Económica, México, 2009.
- ▶ **Voces relacionadas:** Antejjuicio político, Infracción a la Constitución.

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

El Jurado Nacional de Elecciones es un organismo constitucionalmente autónomo. A decir de la Constitución vigente, integra el “sistema electoral”, conjuntamente con la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, organismos con los que establece relaciones de coordinación.

De conformidad con los artículos 178 a 181 y el 184 de la Constitución, así como de su Ley Orgánica (Ley N° 26486) le corresponde el ejercicio de diversos tipos de funciones referidas a materia jurisdiccional, de fiscalización y otras de distinto carácter. En otras palabras, ostenta funciones jurisdiccionales, pero también, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, también administrativas, las cuales, aunque predominantemente supervisoras o indirectas, también pueden ser directas o ejecutivas (STC Exp. N° 0002-2011-PCC/TC).

En lo referido a las funciones jurisdiccionales, administra justicia en materia electoral, en última instancia. Al respecto, debe indicarse que el Tribunal Constitucional peruano, si bien reconoce esta competencia, ha precisado que no impide que sus decisiones sean susceptibles de revisión, mediante proceso de amparo ante la eventual vulneración de derechos fundamentales, aunque sin afectar con ello al cumplimiento de las etapas del cronograma electoral. Ello es fundamentado en una interpretación sistemática de la Constitución, que protege derechos como el debido proceso y la tutela judicial efectiva, y no consagra ámbitos exentos de control constitucional como se desprendería del tenor literal y aislado del artículo 142 de la Constitución (SSTC Exps. Ns° 5854-2005-PA/TC, 2730-2006-PA/TC, 007-2007-PI/TC y, recientemente, 0002-2011-PCC/TC).

El órgano encargado de administrar justicia es el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, compuesto por cinco miembros elegidos por un periodo de cuatro años, con posibilidad de reelección: uno elegido por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad

(que lo preside), uno elegido por la Junta de Fiscales Supremos entre los fiscales supremos jubilados o en actividad, uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima entre sus miembros, uno elegido por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades públicas entre sus exdecanos, uno elegido por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades privadas entre sus exdecanos. Los integrantes de este Pleno no pueden ser menores de 45 ni mayores de 70 años. Tampoco pueden ejercer dicho cargo los candidatos a cargos de elección popular, o los ciudadanos que bien desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas o los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación.

En época electoral, se constituyen, como órganos de primera instancia de carácter temporal, los jurados electorales especiales, con competencia en una circunscripción territorial determinada, los que se encargan de calificar las solicitudes de inscripción de candidatos en sus distintos ámbitos, así como resolver las tachas, nulidades, impugnaciones y demás pedidos que se presenten durante su vigencia. Sus decisiones son susceptibles de ser conocidas por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones mediante recurso de apelación. También conoce, en apelación, de las decisiones del Registro de Organizaciones Políticas, en materia de inscripción de las organizaciones políticas, así como de sus dirigentes, representantes legales, apoderados, personeros y el otorgamiento de poderes de este último, así como su revocación, renuncia, modificación o sustitución (artículo 4 de la Ley de Partidos Políticos). De igual manera, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones conoce,

como última instancia en materia electoral, las decisiones adoptadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Además, es posible que el pronunciamiento emitido en apelación sea objeto de revisión, ante el mismo Pleno, mediante recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, creado por el propio Jurado Nacional de Elecciones mediante Resolución N° 306-2005-JNE.

Adicionalmente, el Jurado Nacional de Elecciones tiene, entre sus principales funciones, las siguientes: a) fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio, de procesos electorales y de elaboración de padrones; b) mantener y custodiar el Registro de Organizaciones Políticas; c) velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral; d) declarar la nulidad de un proceso electoral, referéndum u otro tipo de consulta popular; e) proclamar candidatos elegidos, resultados de referéndum y otros procesos de consulta popular; f) expedir credenciales a los candidatos elegidos en los respectivos procesos electorales; g) dictar las resoluciones y reglamentación necesarias para su funcionamiento; h) absolver las consultas de carácter genérico no referidas a casos concretos que le formulen los jurados electorales especiales y demás organismos electorales sobre la aplicación de las leyes electorales; i) denunciar a las personas, autoridades, funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones penales previstas en la ley; j) declarar la vacancia de los cargos y proclamar a los candidatos que por ley deben asumirlo (que ejerce como instancia final ante las decisiones de los

consejos municipales o consejos regionales sobre sus integrantes); k) autorizar el padrón electoral elaborado por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; l) desarrollar programas de educación electoral que permitan crear conciencia cívica en la ciudadanía.

🔗 **Voces relacionadas:** Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Sistema electoral.

JURISDICCIÓN

Etimológicamente, la palabra jurisdicción tiene su raíz en la locución latina *iurisdictio*, que, a su vez, deriva de *ius* (Derecho) y *dicere* (decir o declarar), de modo que el sentido de la expresión es la de decir o declarar el Derecho al impartirse justicia. Si bien tiene diversas acepciones, su acepción más difundida –y que cuenta actualmente con mayor respaldo– es aquella que entiende que la jurisdicción es una función estatal o un poder-deber del Estado que, en forma definitiva y exclusiva, soluciona conflictos de intereses intersubjetivos, controla conductas antisociales (faltas y delitos) y vela por la constitucionalidad normativa. Asimismo, se ejercita a través de los órganos estatales constitucionalmente encomendados para dicha finalidad, los cuales aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones sean cumplidas de manera ineludible, promoviendo así la paz social en justicia.

En la jurisdicción distinguimos los siguientes elementos:

- *Notio:* Es el poder que tiene el órgano jurisdiccional para conocer la cuestión propuesta. De esa manera está facultado para conocer (atendiendo a

las reglas de competencia) de los conflictos sometidos ante él.

- *Vocatio*: Es la potestad del órgano jurisdiccional que le permite llamar o citar a las partes a juicio. En esa línea puede ordenar la comparecencia de los litigantes y seguir el proceso en caso de rebeldía.
- *Iudicium*: Es la facultad de dictar una sentencia que ponga fin al conflicto en forma definitiva.
- *Coertio*: Es la potestad de poder emplear los medios necesarios dentro del proceso para remover aquellos obstáculos que se oponen al cumplimiento de la jurisdicción. Así, el juez puede decretar medidas coercitivas a fin de compeler y apremiar a cualquier persona para que esté a derecho.
- *Executio*: Es la potestad que tiene el órgano jurisdiccional para hacer cumplir las sentencias con la calidad de cosa juzgada.

Uno de los principales rasgos de la potestad jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se conoce como *cosa juzgada*. Esto funciona como una garantía de que sus decisiones sean definitivas y no puedan, posteriormente, ser revisadas, modificadas, revocadas o variadas por cualquier otro órgano o sujeto.

Finalmente, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha interpretado que el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos: a) conflicto entre las partes; b) interés social en la composición del conflicto; c) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; y, d) aplicación de la ley o integración del Derecho (STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC).

Bibliografía consultada

- **MONROY GÁLVEZ, Juan.** *Teoría General del Proceso*. Tercera edición, Communitas, Lima, 2009.

JURISDICCIÓN MILITAR

La existencia de una jurisdicción militar se encuentra expresamente prevista en la Constitución, por lo que corresponde al legislador ordinario regular los aspectos competenciales y funcionales de la misma (artículo 139, inciso 1 de la Constitución). Tiene la peculiaridad de juzgar los delitos de la función militar; sin embargo, al formar parte de un sistema jurisdiccional unitario, debe constituirse en cuanto tal con las mismas garantías procesales que posee toda jurisdicción.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 0004-2006-PI/TC) ha interpretado que la jurisdicción especializada en lo militar “independientemente de que su ubicación se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial”, deberá poseer garantías procesales no menores de las que existen en la jurisdicción ordinaria, así como un estatuto jurídico que procure la preservación de la autonomía judicial y el trato igualitario entre sus miembros. Si el legislador decide que sus instancias no se encuentren dentro del Poder Judicial, deberá dotarse a esta jurisdicción de un estatuto jurídico único para sus miembros. Asimismo, en caso que el legislador decida establecer que tales tribunales militares se encuentren dentro del Poder Judicial, estos deberán someterse, en su totalidad, al estatuto jurídico único que rige a los magistrados de este órgano constitucional.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional

implica, en su vertiente negativa, que los jueces militares no pueden desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función exclusivamente castrense, salvo la docencia universitaria, es decir, no pueden desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar o de mando castrense, entre otras. En su vertiente positiva, que solo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar -ya sea que esta se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial- podrán conocer los denominados “delitos de la función militar”.

JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Ver: Crímenes internacionales y jurisdicción universal.

JURISPRUDENCIA

Se ha dicho, con razón, que la jurisprudencia es una fuente del Derecho privilegiada en el Estado constitucional, preeminencia que ha llegado a acortar considerablemente las distancias entre los sistemas jurídicos de *common* y *civil law*. Y ello no solo por su carácter inevitablemente creativo (revisese la voz “creación judicial del Derecho”), sino también por su cualidad de necesario correlato que brinda aquella seguridad jurídica que otrora era adjudicado a la ley. La jurisprudencia, en ese sentido, constituye un “factor de unificación” del derecho, lo cual se deriva del hecho evidente de que la ley no siempre ofrece una respuesta clara a las controversias jurídicas (Ferreres Comella).

El valor de la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico se vincula también con la labor interpretativa que de la Constitución y los derechos que reconoce, aquella realiza. En ese sentido, las decisiones judiciales (particularmente, la de los órganos jurisdiccionales superiores) vienen a realizar una labor de “actualización” de las normas adscritas de derecho fundamental, que gozan de una presunción de validez definitiva, desvirtuable no obstante a través del control de constitucionalidad (Bernal Pulido).

■ Doctrina jurisprudencial

En sentido lato, se tiene por “jurisprudencia” a aquel conjunto de decisiones judiciales emitidas por un determinado órgano jurisdiccional. Sin embargo, la doctrina suele distinguir entre “jurisprudencia” o “doctrina jurisprudencial”, por un lado, y “precedente”, por el otro. Pese a la distinción, es claro que ambos modelos bien pueden confluir en sus elementos esenciales, pese a provenir de tradiciones jurídicas diferentes. En todo caso, lo cierto es que la jurisprudencia, a diferencia del precedente, se configura como un modelo de “fuente hecho”, pues para poder inferir algún efecto o consecuencia de su dictado es necesaria la reiteración de ese criterio a lo largo de un periodo determinado.

Hay en la jurisprudencia varias características que la distinguen de la labor genuinamente legislativa que le corresponde a los órganos políticos. La principal de ellas es, sin lugar a dudas, el relativo a la motivación: mientras el legislador no tiene la

obligación de motivar sus decisiones (pues innova o modifica el Derecho a iniciativa propia), el legislador, en tanto autoridad sometida al Derecho de un modo más pleno e inmediato, tiene la obligación de justificar la solución que brinde a la controversia que llega a su conocimiento, y con mayor razón en aquellos casos en que, para llegar a una solución justa, necesite apartarse de los pronunciamientos previos. La otra característica, hasta cierto punto derivada de la anterior, alude a las garantías funcionales que rodean a la actividad jurisdiccional, como son la independencia, la apoliticidad e imparcialidad, rasgo

inherente que, a falta de una genuina legitimidad democrática, justifica el poder de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes como un verdadero poder contramayoritario en el Estado constitucional.

Bibliografía consultada

- **FERRERES COMELLA, Víctor.** "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia". En: FERRERES COMELLA, Víctor y XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Apuntes de teoría del Derecho*. Trotta, Madrid, 2007.

L

LAGUNA NORMATIVA

Un sistema jurídico padece de una laguna cuando un caso relevante no está correlacionado con una solución normativa, sea prohibiendo, obligando o permitiendo una determinada conducta. La laguna normativa implica un concepto opuesto a la tesis de la plenitud que postula que el sistema jurídico es completo y que no tiene lagunas, o sea, que para todo caso existe una calificación deóntica.

La tesis de la plenitud discurre en el *principio de que todo lo que no está prohibido está permitido*: “principio de prohibición”. Entendido así, cuando para una acción hay ausencia de solución prohibitiva, dicha acción se entenderá calificada como permitida por el sistema. Este principio de prohibición tiene dos versiones, según Eugenio Bulygin y Carlos Alchourrón. Una versión débil y una versión fuerte. En la versión débil del principio de prohibición, lo “permitido” se entiende como “no prohibido”. En sentido, el principio quedará formulado de la siguiente manera: “todo lo que no está prohibido está *no prohibido*”, lo cual es una tautología y, por lo tanto, el principio de prohibición es verdadero para “cualquier” sistema jurídico. Así reformulado, la versión débil no elimina las

lagunas normativas y, por el contrario, es compatible con un sistema incompleto, porque la expresión “no prohibida” implica que sencillamente no existe norma prohibitiva.

Por otro lado, en la versión fuerte del principio de prohibición, “permitido” significa que “positivamente está permitido”, de modo que si una conducta no está prohibida se entiende que está permitida por una norma que pertenece al sistema. Pero, a diferencia de la otra versión, en la versión fuerte su verdad es únicamente contingente (es decir, en algunos casos); porque, no todos los sistemas jurídicos positivizan una norma que permitan las conductas que no estén prohibidas, a excepción del subsistema penal.

Ahora, en presencia de las lagunas normativas cómo resuelven los jueces. El método más conocido para colmar lagunas es el “método analógico” que consiste en extender la solución normativa de un caso general a otro sin solución, cuando estos, sin ser idénticos, comparten una o más propiedades relevantes. Otro método común es el recurso a los denominados “principios generales del Derecho”.

En teoría se explican otras clases diferentes de lagunas normativas: La “laguna

axiológica”, la “laguna de reconocimiento” y la “laguna de conocimiento”.

Laguna axiológica. No es una laguna normativa propiamente, aunque comúnmente se las confunda. Lo que sucede es que el operador jurídico juzga que la solución normativa predeterminada por el sistema jurídico es axiológicamente “inadecuada” o “injusta” según alguna hipótesis de relevancia. Esta hipótesis de relevancia determina que, si el legislador hubiera valorado otras propiedades del caso genérico, hubiera correlacionado una solución normativa distinta. Aquí existe, respecto de un caso general y su solución, un desacuerdo entre la tesis de relevancia del sistema jurídico y la hipótesis de relevancia asumida por el aplicador jurídico.

Laguna de reconocimiento. Se presenta cuando existe duda acerca de si un caso individual pertenece o no en el caso genérico de la norma jurídica. La incertidumbre se funda en que las propiedades del caso general presentan deficiencias en su precisión semántica. Así, en el conocido ejemplo de Herbert L. A. Hart: Supóngase que existe una prohibición con la siguiente formulación: “Está prohibida la circulación de *vehículos* en el parque”. Es claro que los autos y los camiones no pueden transitar en el referido parque, pero ¿la prohibición alcanza también a las bicicletas? La vaguedad del significado “vehículo” hace que en los casos individuales donde evaluemos el concepto “bicicletas” nos encontremos ante una laguna de reconocimiento.

Laguna de conocimiento. Este tipo de laguna, al igual que la laguna de reconocimiento, tiene su origen en problemas empíricos. La laguna de conocimiento

se presenta cuando existe un *déficit* en la información de los hechos que caracterizan al caso individual que genera dudas acerca de si el caso concreto pertenece o no al caso genérico de la norma predefinida.

Bibliografía consultada

- **BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRÓN, Carlos.** *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* Astrea, Buenos Aires, 2006.
- **CARACCILO, Ricardo.** *La noción de sistema jurídico en la teoría del Derecho.* Fontamara, México, 2008.
- **RUIZ MANERO, Juan.** “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”. En: ATRIA, Fernando, et. ál. *Lagunas en el Derecho.* Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005.

LEADING CASE

Noción conocida también como *landmark cases*, *watershed cases*. Es aquella decisión histórica que al ser una respuesta judicial nueva, creadora, deja atrás todo lo existente y que empieza a moldear las situaciones que vienen con posterioridad y, en consecuencia, se vuelve vinculante para todo el ordenamiento jurídico. En estas circunstancias, el *leading case* se asienta, orienta conductas, los jueces la invocan y los abogados recurren a ella como valioso precedente. Por cierto, el carácter líder de un caso a veces se afirma en un par de años, pero a veces demora más.

Este término y su uso –no exclusivo– provienen del *Common Law* el cual está hecho sobre la base de casos. Puede decirse, pues, que el sistema jurídico sajón es un sistema de casos que se estructuran correlativamente. Aunque ahora

ello no es totalmente cierto, históricamente sí lo es, y aún más, en sus grandes decisiones, sigue siendo un derecho de casos. A diferencia de nuestros sistemas romanistas que empiezan con la ley y terminan con un código, los sistemas sajones empiezan con casos, continúan con compilaciones de casos, y eventualmente con ordenamientos legales que no hacen más que sistematizar los casos preexistentes.

Ahora bien, dentro de esta masa de casos, lo peculiar es que el derecho avanza, evoluciona y se transforma, precisamente por casos. Muchas veces sientan huella, orientan acciones futuras y determinan el rumbo de los acontecimientos, por largo o corto tiempo, hasta que son remplazados o superados por otros.

Entre los varios casos que son presentados y decididos en las cortes, algunos, por su especial característica e importancia, han reclamado mucho más de los jueces que los casos habituales, y por esta circunstancia, son generalmente vistos como habiendo fijado y determinado el derecho aplicable en esas situaciones, y son considerados como guías para futuras decisiones. Y por la importancia que han adquirido, son familiarmente conocidos como *leading cases*.

Bibliografía consultada

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "¿Existe el *leading case* en el Derecho peruano?". En: *Legal express*. N° 13, Lima, enero de 2002.

LEY

El Estado, al ser soberano, cuenta con potestad de autoorganizarse y de

expedir dispositivos que van a vincular y delimitar el margen de acción aun de quienes no participen directamente en su elaboración (potestad normativa). Estas disposiciones emanan tras un procedimiento específicamente establecido y enmarcado dentro de la legalidad y respeto de los parámetros formales que delimita la Constitución.

■ Ley formal vs. ley material

Al hacer referencia a "ley formal" se incluye únicamente a los dispositivos que mencionan en su denominación la palabra ley, que son aquellos que provienen de la aprobación del Congreso o Parlamento del Estado.

Por su parte, al aludir a "ley material" se incluyen a los dispositivos emitidos por los órganos competentes y que tienen rango legal por ser ello así dispuesto por la Constitución. Incluyen instrumentos de dispar naturaleza como una ley ordinaria, un decreto legislativo, uno de urgencia, un decreto ley, una ordenanza municipal, una regional o incluso un tratado.

■ La ley desde la concepción tradicional

Desde una concepción tradicional, los rasgos que definían a la ley se concedían con sus caracteres formales, su posición preferente en el sistema de fuentes y su "omnipotencia".

La definición de la ley desde sus caracteres formales alude a que esta es un dispositivo que se encarga de regular –con carácter general y abstracto– situaciones que, por su relevancia para la normal convivencia al interior del Estado, se incluyen dentro de

los temas con “relevancia jurídica” y, por lo tanto, merecen recibir un tratamiento normativo por alguno de los organismos u órganos del Estado que cuentan con la competencia para ello. Para que surja esta norma debe mediar un procedimiento que hace adquirir a este producto forma solemne (o *ad solemnitatem*).

Dicho procedimiento debe hacer efectivos los mecanismos democráticos que otorgan representación a determinadas autoridades, por lo que implica una importante e ineludible etapa de deliberación y emana de organismos con funciones representativas, lo que consagra su grado de representación de la voluntad e interés general.

La ley cuenta, entonces, con una posición preferente en el sistema de fuentes del Derecho, como principal modo de creación del Derecho, con las demás fuentes como subsidiarias o subordinadas a ella. Esta subsidiariedad o subordinación se funda en que estas fuentes no poseen otro ámbito de validez y aplicación que el que la misma ley les otorgue.

Por su parte, el calificar a la ley de omnipotente proviene del carácter incondicionado que se le solía atribuir, por la supuesta convicción de la inexistencia de límites que vincularan al legislador, al entender la existencia de la Constitución como un documento de carácter político, y no jurídico.

■ Evolución de la concepción de ley

Ante el paso del tiempo, se ha planteado, frente a la concepción

tradicional, “quiebras del concepto tradicional de ley”, las que comprenderían tres aspectos centrales: el nuevo carácter limitado de la ley, la diversificación de los tipos legales y las problemáticas relaciones entre la ley y el reglamento.

El tema central en estas “quiebras” es el de las limitaciones con las que hoy cuenta la ley. Y es que hoy el escenario no es uno de soberanía parlamentaria, producto de un afán de limitar al poder tras las monarquías absolutistas (como ocurría en el contexto postrevolución francesa), en el marco del Estado de Derecho. En la actualidad, se alude más bien al Estado constitucional. En él ya no se consagra únicamente el imperio de la ley como norma emanada del Parlamento tras un procedimiento –consistente en la iniciativa, debates, aprobación, promulgación y publicación–, sino más bien ante la supremacía de la Constitución. En este contexto se impone límites a la antes casi libérrima voluntad legislativa y no solo límites en cuanto al tema procedimental o formal, sino principalmente en cuanto a contenidos. Ello no quiere decir que la Constitución indique el camino que ha de seguir el legislador al regular determinada materia (como sí hace la ley con el reglamento). Lo que hace más bien es que establece unos contenidos comunes mínimos que definen el modelo del Estado y, por lo tanto, limitan la actividad del legislador. En otras palabras, la Constitución circunscribe la validez de la actividad legislativa a lo establecido en ella, tanto en el plano formal o procedimental como –y de manera

mucho más trascendente- en el plano de contenidos (material).

En ese sentido, la ley pierde su rol de primacía por sobre todas las normas, pues existe una -la Constitución- que deviene en la norma suprema y, por lo tanto, parámetro de validez tanto formal como material de todas las demás disposiciones del ordenamiento (incluidas las leyes). Ahora bien, lo que algunos encuentran problemático es que este límite que la Constitución impone no proviene únicamente del establecimiento de los procedimientos de actuación de las diversas entidades (y, por lo tanto, parámetro de evaluación del efectivo respeto de estos procedimientos y formalidades), sino principalmente que ella se haya constituido en un parámetro de validez material.

El permitir la evaluación de los contenidos de la propia actividad del legislador a través de mecanismos para garantizar la supremacía de la Constitución (como los procesos constitucionales) crearía, para algunos, un cierto clima de incertidumbre a los verdaderos límites de actuación del legislador. Lo que es claro es que amplía el margen de acción de las magistraturas constitucionales encargadas de evaluar la constitucionalidad de las demás normas del ordenamiento. Su actividad ya no se circunscribe a la mera verificación del cumplimiento de las formalidades requeridas, sino que implicaría una evaluación del fondo, de los contenidos, con los eventuales riesgos que ello puede acarrear de exceder estas su ámbito de control. Se amplía así el margen de acción del juez

constitucional frente a la nueva concepción del concepto de ley hoy existente sometido a la supremacía de la Constitución.

Otros rasgos definitorios de la ley: fuerza de ley, rango de ley y valor de ley

Ahora bien, han surgido nuevos intentos para lograr una concepción de ley. Sin embargo, ellos afrontan un nuevo escenario tras la superación de la concepción que aludía a la ley como norma suprema del ordenamiento y ante el surgimiento de formas de control de la constitucionalidad en la forma y fondo, con las normas constitucionales como parámetro de valoración. Desde estos planteamientos, considerados más modernos, se alude principalmente a tres elementos para definir a la ley: la fuerza de ley, el rango de ley y el valor de ley.

La “fuerza de ley” hace referencia a dos caracteres principales de este tipo de dispositivos legales. El que cuente con capacidad para derogar cualquier disposición anterior de igual o inferior rango (fuerza de ley activa) y el que se resista a ser derogada a menos que medie la dación de una norma de igual o mayor rango (fuerza de ley pasiva).

A lo que apunta el rango de ley, por su parte, es a verificar el grado que ocupa la ley en la conocida “pirámide normativa” y, con ello, dentro del ordenamiento jurídico, atribuyéndosele un lugar primario, solo después de la Constitución, con subordinación

directa e inmediata de esta. A este rasgo se alude también con la denominación de “primariedad”. Es así que la Constitución deviene en el parámetro para evaluar la validez de la ley y –aún más importante– fija límites al margen de acción del legislador.

El “valor de la ley” hace alusión a la concepción que la ley es producto de la voluntad general al emanar de órganos con legítimos caracteres de representación y, con ello, lograba consagrarse efectivamente el principio democrático.

Generalidad y abstracción como caracteres inherentes a la ley

Los caracteres de “generalidad” y “abstracción” han sido tradicionalmente atribuidos a la ley como inherentes, propios de su naturaleza.

La generalidad hace referencia a que una ley busca regular una situación jurídica que se considera relevante sin encaminarse a establecer pautas para casos particulares o específicos, es decir, no persigue regular casos concretos, ni definir de antemano los casos situaciones o personas que se verán afectados por la regulación planteada. En otras palabras, no busca ser una regulación “con nombre propio”.

La abstracción, por su parte, alude a la labor encargada a una norma, es decir, al identificar un hecho o situación de la realidad que por su relevancia merece ser regulado por el Derecho y describirlo de manera

genérica sin entrar en excesivas particularidades y detalles. Como su propio nombre lo indica, de lo que se trata es de abstraer un hecho y regularlo sin devenir en específico para que similares hechos o situaciones a la inicialmente prevista puedan encajar en el supuesto que dicha norma define y, en ese sentido, se le puedan atribuir las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

Es así que tradicionalmente se consideraba que toda norma que cumpliera con estas características de “generalidad” y “abstracción” era una ley, y toda aquella que no lo hiciera, quedaba descartada de entrar en esta categoría. Sin embargo, dicho planteamiento ya no es tan categórico hoy en día, y no es en sí mismo un requisito técnico de la ley (aunque podría ser una directiva política).

En los últimos tiempos, es posible constatar como –en la práctica– la ley ha ido perdiendo su generalidad y entrado a regular una serie de situaciones bastante concretas. Así, en la actualidad, y por las propias características de la sociedad actual y la diversidad de supuestos que ella debe entrar a regular, se hace necesario –en muchos casos– el que las normas reflejen situaciones más específicas o concretas, siendo contempladas dentro del ordenamiento jurídico por la relevancia que progresivamente han adquirido.

Bibliografía consultada

- **DÍEZ-PICAZO, Luis.** “Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?). En: AA.VV. *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Tecnos, Madrid, 1990.

- **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón.** *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Civitas, Madrid, 2000.
- **NARANJO, Vladimiro.** *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Temis, Bogotá, 2000.

LIBERALISMO

El liberalismo es un movimiento de ideas que nos evoca autores como Locke, Montesquieu, Kant, Adam Smith, Constant, John Stuart Mill, Tocqueville, John Rawls, Robert Nozick, etc.

Surgió de la lucha contra el absolutismo y se inspiró en que el soberano debía tener poderes limitados los cuales estarían fijados en una Constitución, lo que permitió el surgimiento de una democracia liberal del siglo XIX. Sus principios centrales son: el individualismo, la libertad, la igualdad, dignidad, autonomía, y la no inviolabilidad de la persona, entre otros. Desde luego, son numerosos los aspectos en donde se concretizan los ideales de la doctrina liberal, sin embargo los fundamentales son el económico y el político.

Como teoría económica, el liberalismo es partidario de la economía de mercado; como teoría política es simpatizante del Estado que gobierne lo menos posible o, como se dice hoy, del Estado mínimo (reducido al mínimo indispensable). Si bien es cierto la relación entre ambas teorías es evidente, se entiende que estas son independientes, porque la teoría de los límites del poder del Estado no se refiere únicamente a la intervención en la esfera económica, sino que se extiende a la esfera espiritual o ético-religiosa. Efectivamente, desde este punto de vista el Estado liberal también es un Estado

laico o neutro, es decir, un Estado que no se identifica con una determinada confesión religiosa (ni con una determinada concepción filosófico-política, como por ejemplo, el marxismo o leninismo).

Por medio de la concepción liberal se demarca constitucionalmente la idea de Estado y el no-Estado. Al respecto, por no-Estado se entiende a la sociedad religiosa y, en general, la vida intelectual y moral de los individuos y grupos, así como de la sociedad civil (o de las relaciones económicas en el sentido marxiano de la palabra). Con lo anotado, el doble proceso de formación del Estado liberal puede ser descrito también, por una parte, como emancipación del poder político del poder religioso (Estado laico) y, por otra, como emancipación del poder económico del poder político (Estado del libre mercado).

Mediante el primer proceso de emancipación, el Estado deja de ser el brazo secular de la Iglesia; por medio del segundo, se vuelve el brazo secular de la burguesía mercantil y empresarial. El Estado liberal permitió la pérdida del monopolio del poder ideológico, mediante la concesión de los derechos civiles –entre los cuales destacan el derecho a la libertad religiosa y de opinión política–, así como la pérdida del monopolio del poder económico, por medio de la concesión de la libertad económica, y terminó por conservar únicamente el monopolio de la fuerza legítima, cuyo ejercicio está limitado por el reconocimiento de los derechos del hombre, así como de las diversas obligaciones jurídicas que dieron origen a la figura histórica del Estado de Derecho. Mediante este monopolio de la fuerza legítima, que está regulada por leyes (se trata de un Estado legal-racional descrito por Max Weber), el Estado debe asegurar la libre circulación de las ideas

y, por lo tanto, constituye el fin del Estado confesional y de toda forma ortodoxa; así como la libre circulación de bienes y, por lo tanto, significa el fin de la injerencia del Estado en la economía.

La característica principal de la doctrina liberal económica-política es la concepción negativa respecto al Estado, reducido a simple instrumento de realización de los fines individuales; en contraste una apreciación positiva del no-Estado, entendido como la esfera de las relaciones en la que el individuo, en relación con los otros individuos, forma, desarrolla y perfecciona su propia personalidad.

Bibliografía consultada

- **BOBBIO, Norberto.** *El futuro de la democracia.* Traducción de José Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986.
- **CROSSMAN, R.H.S.** *Biografía del Estado Moderno.* Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1941.
- **NINO, Carlos Santiago.** *Fundamentos del Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional.* Astrea, Buenos Aires, 2005.

LIBERTAD

La libertad es un atributo esencial para la existencia humana. Diferentes concepciones filosóficas y teórico-políticas dan cuenta de ello. Algunas ven en ella al bien humano más valioso, incluso definitorio de la esencia humana (liberalismo); se le considera como una condena de la que el ser humano no puede escapar y que debe asumir con angustia y responsabilidad (existencialismo); e incluso como condición a la que aspiramos y que solo podremos

alcanzar tras abolir las limitaciones materiales que esclavizan a la humanidad (socialismo). Se trata, asimismo, de un concepto ciertamente manipulado, que ha justificado acciones de todo orden: con diferente contenido, la noción de libertad ha sido utilizada a lo largo de la historia para perseguir fines distintos y hasta incompatibles entre sí.

La libertad es considerada un valor esencial para la cultura occidental. Al respecto son quizá cuatro las principales formas en que esta es entendida actualmente. La más difundida es la "libertad como no interferencia" y se refiere al accionar libre de cada persona sin intromisiones ajenas, por ello se le conoce también como "libertad negativa" (libertad "sin" constricciones). Esta idea de libertad es más bien moderna (se le ha denominado "libertad de los modernos") y, en cierta medida, está reflejada en la conocida expresión francesa "*laissez faire, laissez passer*" (De Gournay), vinculada a doctrinas económicas de libre mercado (v. gr. fisiócratas, liberales, neoliberales).

Una segunda noción es la de "libertad positiva" y alude a la capacidad de hacer o concretizar lo que uno desea, cumpliendo sus propios planes y metas. Tenemos también la "libertad como no opresión", conocida asimismo como "libertad republicana", la cual se ejerce sin que terceros tengan la posibilidad de influir o amenazar la decisión libre de cada uno, y resalta la capacidad de que las personas regulen o normen sus destinos personales y colectivos. Finalmente, tenemos la "libertad como desarrollo de capacidades", que destaca que la libertad real existe, no ante la abstención de los demás, sino cuando las personas poseen capacidades básicas que les permitan escoger y cumplir sus planes de vida.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *¿Cuál libertad? Diccionario mínimo contra los falsos liberales*. Michelangelo Bovero (coordinador), Océano, México D.F., 2010.
- **BERLIN, Isaiah.** "Dos conceptos de libertad". En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza, Madrid, 1996.
- **SEN, Amartya.** *Desarrollo y libertad*. Planeta, Bogotá, 2000.
- **PETTIT, Philip.** *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y gobierno*. Paidós, Barcelona, 1997.

~ constitucional

La libertad es un pilar esencial del constitucionalismo. Incluso en sus orígenes el constitucionalismo es entendido como una forma de liberalismo al ser, básicamente, una técnica de control del poder y de maximización de las libertades individuales ("constitucionalismo liberal"). Contemporáneamente, las principales doctrinas constitucionales –del denominado "neoconstitucionalismo"– son esencialmente liberales (v.gr. Alexy, Dworkin, Nino).

Las constituciones asignan a la libertad un rol esencial. La dogmática suele señalar que la libertad es un valor superior del ordenamiento, un derecho fundamental y un principio constitucional. Como valor superior, es un concepto esencial y fundamentador del Estado y el ordenamiento jurídico, con fuerza jurídica e interpretativa preferente con respecto a otros bienes constitucionales. Como derecho fundamental, atendiendo a su "doble dimensión", la libertad tiene una faz de derecho subjetivo y, en esa medida, constituye una posición, jurídica que permite hacer todo aquello que no esté

prohibido, proscribiéndose intervenciones arbitrarias, incluso provenientes de normas con rango legal. En su faz de principio, la libertad representa para el Estado tanto una obligación de no interferencia en el ámbito privado o íntimo, como un mandato de hacer orientado a optimizar el ejercicio de la libertad humana a través de políticas públicas y del ordenamiento jurídico en su conjunto. Finalmente, atendiendo a la estructura de las disposiciones constitucionales que reconocen a la libertad –que suelen ser abiertas, declarativas e indeterminadas–, debemos señalar que esta tiene la forma de "principio" antes que de "regla".

La libertad tiene diversas manifestaciones en los ordenamientos constitucionales. En estos generalmente se reconoce una libertad general o amplia, una libertad mínima o básica, y varios derechos de libertad. En el primer caso (libertad general), encontramos a las cláusulas que reconocen la libertad de acción en sentido amplio. En el caso peruano, por ejemplo, tenemos la que señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2, inciso 24) y la que reconoce la existencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1); a partir de estas, la libertad de acción humana solo podría ser limitada mediante leyes formal y materialmente constitucionales. De otra parte, la libertad mínima alude al desarrollo de capacidades y la satisfacción de necesidades humanas básicas que permiten a cada persona elegir y realizar un propio plan de vida; alude, entonces, a la protección y promoción de esferas de autonomía y libertad que son presupuesto para el ejercicio real de otras libertades y derechos, lo que queda

asegurado de diversas formas en la Constitución, sobre todo a través del reconocimiento y la garantía de derechos sociales o de derechos vinculados al fortalecimiento de la autonomía personal. Finalmente, existen distintas disposiciones constitucionales que reconocen manifestaciones concretas o específicas de libertad; el caso paradigmático es el de la libertad personal o física, pero encontramos también a las libertades de pensamiento, de expresión, de tránsito, artística, de asociación, de trabajo, de empresa, etc.

Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
- **BARBERIS, Mauro.** *Ética para juristas*. Trotta, Madrid, 2008.

~ negativa

La idea de “libertad negativa” se difundió luego de la conocida distinción entre libertades negativa y positiva explicada por Isaiah Berlin en “Dos conceptos de libertad” (1958) y que tiene como antecedente otra que realizó Benjamín Constant (1819) entre libertad “de los antiguos” (positiva) y “de los modernos” (negativa).

La libertad negativa implica no padecer interferencias ni obstáculos de terceros. En otras palabras, se considera que una persona es libre en la medida que puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Esta libertad es conocida también como “no interferencia”, “no impedimento” o “no constricción”.

Bibliografía consultada

- **BERLIN, Isaiah.** “Dos conceptos de libertad”. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza, Madrid, 1996.
- **BOBBIO, Norberto.** *Igualdad y libertad*. Paidós, Barcelona, 1993.

~ positiva

La libertad positiva alude al deseo de las personas de ser sus propios dueños, siendo capaces de tomar sus decisiones y ponerlas en marcha sin verse determinados por voluntades ajenas. Así visto, implica la afirmación de los propios actos, antes que la sola ausencia de límites para realizarlos; en tal sentido, se le puede entender como “autodominio” y no únicamente como “no interferencia”.

Para autores como Berlin esta idea de libertad es perniciosa, pues en nombre de la “verdadera” libertad (o de su ejercicio “mejor” o “correcto”) suele establecerse fines o metas sociales que, finalmente, implican postular nociones recortadas de libertad, e incluso prácticas de talante totalitario.

Bibliografía consultada

- **BERLIN, Isaiah.** “Dos conceptos de libertad”. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza, Madrid, 1996.
- **BOBBIO, Norberto.** *Igualdad y libertad*. Paidós, Barcelona, 1993.

LIBERTAD GENERAL DE ACCIÓN

Ver: Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

M

MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares, tanto en el ámbito general del proceso civil como en el específico de los procesos constitucionales, obedece a una preocupación compartida, cual es hacer frente a los estragos que genera el paso del tiempo en el proceso sobre los derechos que en este son discutidos. A través de esta institución, se busca asegurar que la providencia judicial que se vaya a dictar en el futuro resulte plenamente eficaz, finalidad que hace que toda medida cautelar sea siempre *instrumental* respecto del proceso principal a cuyo aseguramiento sirve. Son también características de toda cautelar su *provisionalidad*, pues una vez dictada la sentencia final, aquella pierde su razón de ser; así como su *variabilidad*, pues solo debe mantenerse en tanto se mantengan los presupuestos con base en los cuales fue dictada

Ampliamente definidos por la teoría general del proceso, los presupuestos que toda medida cautelar debe satisfacer son básicamente tres: a) apariencia de buen derecho, el cual supone que debe existir un mínimo de fundabilidad en la demanda, reflejada en una suerte de “juicio de probabilidad” en la mente del juez; b) peligro en la demora, que

implica una suerte de peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia judicial definitiva; y, c) la prestación de contracautela o caución, destinada a asegurar el pago eventual y futuro de los daños ocasionados al demandado, en caso la sentencia sea finalmente desestimatoria.

En los procesos constitucionales, la medida cautelar está regulada en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, así como en otras disposiciones particulares de este. En síntesis, dicha medida puede ser de dos tipos: a) innovativa (esto es, modifica el estado actual de las cosas); y b) de no innovar (mantiene el statu quo en el estado en que se encuentra). Asimismo, aplica en todos los procesos constitucionales, excepto en el hábeas corpus y en el proceso de inconstitucionalidad (artículo 105 Código Procesal Constitucional). De otro lado, existen dos procedimientos: a) uno que podríamos general, en el que la cautelar se concede *inaudita parte* (vale decir, sin conocimiento de la otra parte), y la apelación de la medida no tiene efecto suspensivo (salvo en el caso de las normas autoaplicativas) y b) un procedimiento especial, en el caso de procesos iniciados contra actos administrativos municipales y regionales, supuesto en el

cual debe concederse traslado a la otra parte, debiendo intervenir el Ministerio Público.

Finalmente, preciso es destacar que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 del Código Procesal Constitucional, la medida cautelar dictada puede mantenerse hasta que el proceso constitucional culmine. Esto quiere decir que, a pesar de que el juez de primera instancia emita una sentencia desestimatoria, la cautelar que haya dictado puede continuar vigente, en tanto se mantengan los presupuestos que la habilitaron.

MINISTERIO PÚBLICO

Es un órgano constitucional autónomo que integra la estructura del Estado Constitucional y que se encuentra reconocido en el artículo 158 de la Constitución. Sus funciones están recogidas en la misma Carta, en el artículo 159, y son las siguientes:

- La defensa de la legalidad y de los intereses públicos;
- velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia;
- representar a la sociedad en los procesos judiciales;
- conducir desde su inicio la investigación del delito;
- ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte;
- emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos previstos por la ley;
- ejercer iniciativa en la formación de las leyes.

El Ministerio Público está jerárquicamente organizado; y está conformado por el Fiscal de la Nación, quien es su autoridad suprema, los fiscales supremos, los fiscales superiores, los fiscales provinciales y los fiscales adjuntos.

En materia de investigación del delito, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (SSTC Exps. N°s 6167-2005-PHC/TC, 5228-2006-PHC/TC, etc.) ha delineado algunos principios constitucionales bajo los cuales está sujeto el Ministerio Público:

- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Se reconoce un alto margen de decisión al fiscal para investigar el delito y recopilar las pruebas, conforme lo establece la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052; pero, el ejercicio de esa discrecionalidad, aunque no está estrictamente reglada, no es ilimitada. Se prohíbe todo tipo de actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica o decisiones carentes de legitimidad, contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.
- Principio de legalidad en la función constitucional. Si bien se ha encargado al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, esta debe ejercerse con respeto a la ley y la Constitución cuando califique como delito los hechos que se le pongan a su conocimiento.
- Respeto del derecho al debido proceso. El derecho al debido proceso también se proyecta sobre la actuación fiscal. En el *iter* de la investigación del delito deben mediar de igual manera los derechos como a la defensa,

el non bis in ídem, el plazo razonable y los demás que por su naturaleza le sean aplicable. Así, por ejemplo, no se podrá someter a una persona, previamente al proceso penal, a una investigación por tiempo intolerablemente prolongado.

MOTIVACIÓN

Todo pronunciamiento emitido por una autoridad, tanto de carácter administrativo como jurisdiccional e incluso por instancias privadas que toman decisiones que afectan a otros sujetos debe motivarse, lo que implica exponer las razones por las cuales se decide en un determinado sentido, plasmándolas en el pronunciamiento y que de tales argumentos se derive el sentido del fallo.

Ahora bien, la motivación puede ser entendida desde tres perspectivas: a) como justificación de la decisión; b) como actividad; y c) como producto.

~ como justificación de la decisión

La motivación como justificación de la decisión implica que el órgano jurisdiccional no se limita a explicar la decisión adoptada, sino que ingresa al terreno de la "justificación". En otras palabras, ello implica trascender la apelación al solo "contexto de descubrimiento" (determinado por los prejuicios, las creencias, las consideraciones culturales, políticas e ideológicas que cada uno tiene como individuos) y arribar a un escenario de justificación.

Dicha justificación no implica únicamente una derivación lógica, una "justificación interna" de premisas hacia una determinada conclusión, sino además que se fundamente la razón para escoger estas premisas ("justificación externa") y la propia corrección de las premisas y las razones para adoptarlas como argumentos para arribar a la conclusión finalmente adoptada.

Es así que justamente para cumplir la obligación de motivación no basta con exponer cualquier tipo de razones, sino que deben emplearse aquellas que permitan que la motivación cumpla con los requisitos de racionalidad, coherencia y razonabilidad.

Desde la *racionalidad* (entendida como racionalidad del discurso y de la argumentación), se obliga a que el lenguaje empleado para motivar observe las reglas de la comunicación lingüística (ámbito semántico, gramatical y sintáctico) y que el razonamiento de justificación respete las reglas para efectuar el juicio de hecho y de derecho en un proceso (límites internos) y también los alcances de las atribuciones del órgano jurisdiccional respecto del objeto procesal indicado por las partes (límites externos).

Asimismo, para cumplir con la coherencia, que no existan contraposiciones entre los argumentos y premisas de la decisión ("coherencia interna") y entre estos y la conclusión derivada como fallo ("coherencia externa intra sentencia") o incluso con decisiones previas en casos con hechos idénticos o similares ("coherencia externa extra sentencia").

Por su parte, la *razonabilidad* exige que el juez indique el criterio adoptado para decidir entre las alternativas posibles para resolver el caso, que este parámetro de decisión ha sido aplicado de manera uniforme a todas las posibles soluciones para optar por una de ellas y que este criterio de decisión adoptado haya tomado en cuenta las concretas circunstancias del caso que se viene conociendo.

En esa línea, se puede alegar que una decisión es “razonable” si representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en el caso concreto y, además, es considerada admisible por la comunidad, criterios que se implican recíprocamente. En términos más simples, una decisión resulta razonable si se presentan argumentos que acreditan la adecuada valoración (“ponderación”) de las reglas y principios generalmente contrapuestos involucrados en el caso y, por lo tanto, se cuenta con la aceptación de los destinatarios de la decisión y de quienes conforman la comunidad (no necesariamente a modo de una conformidad real con el sentido del acto, sino, a tal caso, a modo de un auditorio ideal que, como titular de razón, responde de manera favorable a argumentos que reflejen la valoración antes descrita).

Sin embargo, desde un sentido más restringido, se entiende la razonabilidad como “interdicción de la arbitrariedad”, calificando a una decisión como razonable por no ser arbitraria, es decir, por estar fundada en una razón jurídica legítima (presentar un fundamento y tender a realizar un objetivo jurídicamente relevante).

■ ~ como actividad

Desde una segunda perspectiva, es posible entender la *motivación como actividad*.

A lo que ella apunta es a que se lleven a cabo razonamientos de naturaleza justificativa previos a la redacción del discurso de justificación.

La materia en la que esta perspectiva incide es el proceso mismo por el cual el juzgador llega a estos argumentos de índole justificativo.

Se trata, entonces, de los procesos de decisión para la construcción de tal justificación a los que también puede aludirse como “motivación”.

■ ~ como producto

La última posible dimensión para comprender a la motivación es hacer referencia a ella como resultado o producto.

De lo que se trata entonces es de la construcción propiamente dicha del discurso en el cual el órgano jurisdiccional construye sus argumentos para derivar su decisión en un determinado sentido.

Se trata de la plasmación propiamente dicha de dichos argumentos en el pronunciamiento que refleja la decisión adoptada.

■ ~ en la Constitución de 1993

En el caso peruano, el artículo 139, inciso 5 de la Constitución de 1993 reconoce dicho derecho en las resoluciones judiciales de todas las instancias, con excepción de los decretos

de mero trámite, lo que, a tenor de dicho artículo, exige mínimamente la plasmación de los argumentos por escrito, así como hacer referencia expresa de la normativa aplicable y de los fundamentos de hecho que las sustentan.

En la STC Exp. N° 3943-2006-PA/TC, criterio reiterado en STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado en los siguientes supuestos: a) inexistencia de motivación o motivación aparente; b) falta de motivación interna del razonamiento; c) deficiencias en la motivación externa (justificación de las premisas, sin reemplazar al juez ordinario); d) motivación insuficiente; e) la motivación sustancialmente incongruente, por desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa) o el incumplimiento de contestar a las pretensiones o desviar la decisión del marco del debate judicial (incongruencia omisiva); y f) motivaciones cualificadas, para casos especiales como al rechazar la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad.

Asimismo, en la STC Exp. N° 03179-2004-AA/TC, criterio reiterado en STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, ha precisado que el canon interpretativo que le permite realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias está compuesto por tres

exámenes: a) examen de razonabilidad (establecer si la revisión del proceso ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado; b) examen de coherencia (precisar si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con la decisión judicial que se impugna; y c) examen de suficiencia (determinar la intensidad del control constitucional necesario para precisar el límite de la revisión de la resolución judicial, para cautelar el derecho fundamental demandado.

Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de la argumentación jurídica.* Palestra, Lima, 2007.
- **BERNAL PULIDO, Carlos.** "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes". En: *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- **COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio.** *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

MULTICULTURALISMO

El multiculturalismo abarca diferentes formas de pluralismo cultural, que pueden entenderse como mecanismos mediante los cuales las minorías sociales se incorporan a las comunidades políticas oficiales. Dicha definición puede generar un problema de enfoque, pues el multiculturalismo supone una amplia gama de soluciones por lo que vale mencionar las dos principales problemáticas

que enfrenta, para distinguir mejor su apuesta: a) por un lado, hay una temática de diversidad cultural, referida a las comunidades locales con propio autogobierno y particularidades en su organización, que deben incorporarse a un Estado mayor; y b) por otro lado, una temática vinculada a lo que llamaremos diversidad étnica, producto de las inmigraciones individuales y familiares hacia zonas con una mayoría oficial o predominante.

Las corrientes del multiculturalismo se oponen a la clásica concepción de la organización democrática que funciona en la mayoría de países y que considera poco relevante los problemas relacionados a la diversidad cultural y étnica, pues entiende al ciudadano como un sujeto abstracto y universal. De hecho, estas corrientes teóricas critican esta concepción por dos razones: primero porque es marcadamente eurocéntrica y etnocéntrica –lo cual ya es discriminatorio–; y segundo, porque busca ser homogeneizante, es decir, anula o minimiza las diferencias. Las críticas apuntan a que es una concepción que confunde equidad con uniformidad y en nombre de dicha uniformización, practican la homogeneización cultural que invisibiliza al que es diferente.

También se ha opuesto a las tesis del interculturalismo, por lo menos en sus versiones más extendidas, pues si bien las políticas interculturales se plantean como una concepción alternativa a la tradicional y homogeneizante visión eurocéntrica ilustrada de la sociedad y de los derechos, no parecen ir a la cuestión de fondo: buscan atender el diálogo entre diferentes grupos sociales y culturas desde las condiciones ya preestablecidas, que son el terreno mismo de

la idiosincrasia mayoritaria presente en el Estado; mas no consideran las condiciones de asimetría cultural, y carencias estructurales preexistentes al diálogo, ni buscan suprimirlas. En contraste, el multiculturalismo busca atacar las causas que hacen que dicho diálogo sea ilusorio o irreal.

Pese a ello, también existen fórmulas de multiculturalismo que pese al rótulo, no han desarrollado políticas públicas que representen realmente dichos discursos contrahegemónicos. Por ello, para expertos como Kymlicka, es más fácil definir o identificar reales políticas multiculturales de acuerdo a los objetivos que se persiguen. Para dicho autor debería verse como un enfoque que busca superar la problemática de los Estados modernos balanceando el principio de igualdad con el de respeto a la diferencia, en un ambiente plural y democrático. Así por ejemplo, en el caso de reconocer el derecho a la identidad cultural y étnica, esta garantía sería el resultado de la reivindicación de estos grupos étnicos y culturales para tener derechos colectivos –como el derecho a la diferencia cultural–, lo que equilibraría la expansión de los derechos individuales en armonía con estos derechos que evitan que las demandas culturales se restrinjan o sean subsumidas, dando paso a la creación de una ciudadanía inclusiva.

Sin embargo, la cuestión jurídica sería solo un aspecto, pues es claro que el reto del multiculturalismo supone no solo revisar la construcción teórica y doctrinaria del Derecho, sino también la esfera de la atención de la salud pública, así como una revisión de la currícula educativa, tradicionalmente monocultural y en una sola lengua. De esta forma, se

superaría el tímido reconocimiento de las diferencias y se lograría transitar hacia prácticas que se nutran de la diversidad y del diálogo intercultural.

Políticas multiculturales y Estado peruano

Dado que las políticas multiculturales comprenden un modelo de organización y proyecto estatal diferente, de características multiétnicas o pluriculturales, el enfoque novedoso de su propuesta ha comenzado a ser abordado en el Derecho peruano. El caso peruano es especialmente problemático, pues diversos estudios señalan que existen al menos 61 grupos étnicos en la Amazonía, además de los dos grandes grupos etnolingüísticos que son los quechuas y aymaras, así como diversas colonias de migrantes afincadas a través de la historia. Todas ellas conforman al Perú, además del sector mestizo oficial y occidentalizado de las capitales de departamentos.

Para el multiculturalismo, en el Perú se requieren acciones afirmativas que permitan que los diversos grupos mantengan sus diferencias y a la vez participen horizontalmente en el desarrollo social y político del Estado. Ello implica acoger otros lenguajes, nuevas cosmovisiones, nuevas formas de deliberación, y otras percepciones comunitarias sobre la naturaleza, que también pueden estar presentes a la hora de hacer política y ejercer ciudadanía.

Ello requiere previamente, una teoría no etnocéntrica de los derechos humanos, si es que se aspira a que

esta sea un marco jurídico que verdaderamente marque consensos. De este modo, estas corrientes buscan reemplazar tangencialmente los estados donde paradójicamente existen más diversidad étnica y cultural como es el caso peruano, por Estados multinacionales o pluriculturales. Afirman que los tradicionales Estado-Nación han tenido una construcción etnocéntrica de la denominada identidad nacional oficial (*national building*) a través de políticas integracionistas que en el fondo son políticas asimilacionistas y homogeneizantes que impiden generar una ciudadanía inclusiva e identificada institucionalmente dentro de la diversidad. Todo ello debe ser reemplazada por políticas de reconocimiento y por medidas simbólicas y objetivas que promuevan el acceso de los excluidos, marginados y diferentes por cuestión de etnia y cultura a los espacios públicos. De esta forma el pleno ejercicio ciudadano de las minorías estaría garantizado.

Bibliografía consultada

- AA.VV. *El cultivo del discernimiento. Ensayos sobre ética, ciudadanía y educación*. Gonzalo Gamio (Editor). Fondo Editorial de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima, 2010.
- GUEVARA GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Barcelona, 1996.
- ▶ **Voz relacionada:** Derecho a la identidad étnica y cultural.

MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

Se entiende por “mutación constitucional” a aquel cambio de significado o sentido de la Constitución que se produce sin que se vea alterada su expresión escrita. El origen del término nos remite a la Escuela Alemana de Derecho Público, corriente que propugnaba por liberar al Derecho Público de los conceptos del Derecho Privado, y que fuera representada principalmente por autores como Jellinek y Laband. Precisamente, estos autores son considerados como los fundadores de la denominada “teoría formalista” de la mutación constitucional, al sostener que la necesidad política es fuente del Derecho y que lo fáctico se impone siempre sobre lo normativo.

Frente a esta concepción formalista, se alzan las teorías del denominado “dinamismo constitucional”, que postula la incorporación de la realidad al estudio del Derecho Constitucional, y cuyos máximos exponentes son Rudolf Smend y su discípulo Dau-lin. La tesis es que, al requerir la Constitución un proceso de integración entre norma y realidad, su interpretación ha de ser lo suficientemente flexible como para lograr la conservación de su sentido y eficacia. De este modo, las mutaciones no deben considerarse rupturas constitucionales, sino antes bien, actos plenamente conformes al ordenamiento jurídico.

Una variante de la tesis de la integración, defendida por Smend y Dau-lin, es la propuesta por Herman Heller, quien delimita más precisamente el concepto de “realidad social”, postulando que la inserción de esta categoría al Derecho

debe realizarse a través de los principios jurídicos. Es sabido que, para Heller, la Constitución tiene dos elementos: la mera normalidad (que son las conductas que posibilitan la convivencia) y la constitución normativizada (que son las normas constitucionales en sentido estricto, y que postulan un “deber ser”), escenario en el cual la normalidad y la normatividad se condicionan recíprocamente. Los principios, en dicho contexto, tienen la virtud de reflejar la “realidad viva” de un Estado, que es extraída a través de la interpretación del juez.

Mención aparte merece la postura italiana sobre la “modificación tácita de la Constitución”, enarbolada por autores como Biscaretti Di Ruffia y Constantino Mortati. La idea básica es que los principios no solo posibilitan la mutación, sino que también se yerguen como su límite, por lo que sobrepasarlos equivale a generar un estado de anarquía. En concreto, la noción de “modificación tácita” alude al fenómeno de que la Constitución escrita, debido a su práctica, experimenta una transformación en su alcance y significado; situación que se explica sobre la base de dos factores: a) la Constitución tiene vocación de permanencia; y b) pueden existir hechos no contemplados en el ordenamiento que generan lagunas, a las cuales las mutaciones buscan dar respuesta.

Otros autores, como Konrad Hesse y Müller, postulan que los cambios sociales no son un fenómeno externo a las normas escritas, sino que son cambios jurídicos que hacen parte de la norma misma. Esta fórmula es importante porque deja entrever que la mutación no llega a afectar el texto escrito, sino a la concretización del contenido de las

normas (vale decir, al proceso interpretativo del texto mismo), admitiendo por lo demás que la realidad constitucional nunca puede ser *contra constitutionem*. Siguiendo este derrotero, figuras de la talla de Peter Habërle y Klaus Stern han enfatizado la dimensión interpretativa de las mutaciones constitucionales, señalando al propio tiempo que entre las mutaciones y las rupturas constitucionales existe un pequeño espacio, que solo puede descubrirse mediante un estudio casuístico.

Bibliografía consultada

- **LÓPEZ, Carlos Alberto.** *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites.* Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2008, capítulo II.
- **SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria.** "Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20, N° 58, enero-abril 2000.

N

NACIONALIDAD

Es el vínculo jurídico que se establece entre una persona con un Estado determinado, de manera permanente y con carácter personal, en los supuestos que determine el ordenamiento jurídico de dicho Estado.

La existencia de “nacionalidad” es independiente de si al interior de un Estado existe o no una o varias naciones, tanto en la concepción de Sièyes en que es un producto histórico cultural como en la teoría alemana que a identifica con consideraciones de índole racial o étnica.

Debe además distinguirse de la “ciudadanía”, que implica que un nacional adquiriera el pleno ejercicio de sus derechos de participación política y se vincula a la edad. En el caso peruano, se tiene nacionalidad peruana si esta se adquiere (por origen o de forma derivada), pero se es ciudadano del país si se cumple la mayoría de edad (18 años).

La distinción entre nacionalidad de origen o derivada parecería carecer de relevancia jurídica, en la medida en que, al margen de ser originaria o derivada, implica el vínculo entre una persona y un Estado concreto (del que sería nacional). No obstante, esta distinción resulta

relevante pues en distintos ordenamientos jurídicos el acceso a determinados cargos públicos se encuentra limitado a quienes puedan ser calificados como “nacionales de nacimiento”.

En el caso peruano, ello sucede con los requisitos para ser candidato a Presidente de la República (artículo 110 de la Constitución) y a Congresista (artículo 90 de la Constitución).

■ ~ como derecho

La nacionalidad constituye un derecho de toda persona y a nadie se le puede privar de ella arbitrariamente (artículo 2, inciso 21 de la Constitución peruana, interpretado de conformidad con el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En relación con este derecho, la Corte Interamericana ha señalado que “[e]l derecho a tener una nacionalidad significa dotar a un individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma

arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (caso Castillo Petruzzi y otros).

■ ~ de origen

En el caso de la nacionalidad de origen, esto es, que surge desde el nacimiento, se establecen dos posibles criterios para su determinación.

En primer lugar, el *ius soli*, que implica que se es nacional del Estado en cuyo territorio se ha nacido. Por su parte, el *ius sanguini*, por el cual los hijos pueden adquirir la nacionalidad de sus padres de cumplir los requisitos legalmente establecidos.

En el caso peruano, el artículo 52 de la Constitución reconoce el denominado *ius soli* al señalar que son peruanos por nacimientos los nacidos en el territorio de la República. Sin embargo, también el *ius sanguini* al permitir que sean reconocidos como peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

El artículo 2 de Ley de Nacionalidad, Ley N° 26754, y el artículo 4 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 004-97-IN, establecen que son peruanos por nacimiento:

- Las personas nacidas en el territorio de la República.
- Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos.

- Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú, cuando se efectúe en el extranjero, o en la Dirección General de Migraciones y Naturalización, cuando el trámite se efectúe en el territorio de la República. Este derecho es reconocido solo a los descendientes hasta la tercera generación.

■ ~ derivada

La nacionalidad derivada hace referencia a aquella que se genera no desde el nacimiento, sino por una expresión de voluntad posterior, la cual, conforme señala el último párrafo del artículo 52 de la Constitución, se adquiere por naturalización o por opción.

Por lo tanto, esta puede desprenderse bien del cumplimiento de determinados requisitos específicos que determinan algún tipo de relación de la persona con un Estado determinado (opción) o por la verificación de los requisitos generales, establecidos en cada ordenamiento jurídico, para adquirir la condición de nacional, bien por la voluntad de la persona o del propio Estado (naturalización).

Un supuesto no contemplado expresamente en el ordenamiento jurídico peruano es el referido a la posibilidad de que la nacionalidad derive del cambio del Estado que ejerce soberanía sobre un determinado territorio,

aunque se trata de una posibilidad que podría admitirse tanto ante la anexión como la pérdida de territorios del Estado peruano.

■ Nacionalidad por opción

La nacionalidad por opción se refiere a que, por alguna condición ajena a quien solicita la nacionalidad, existe una vinculación de ella con un Estado determinado, ligado generalmente a razones de parentesco o matrimonio con el nacional de dicho Estado.

En ese sentido, el artículo 4 de la Ley de Nacionalidad, en concordancia con el artículo 16 de su Reglamento, establece que se puede ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad peruana en los siguientes supuestos:

- Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú (de manera real y legal) desde los cinco años de edad, que al momento de alcanzar la mayoría de edad, manifiesten su voluntad de ser peruanos ante la autoridad competente (Dirección de Naturalización de la Dirección General de Migraciones y Naturalización).
- La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana. Para ello, la Ley indica que debe estar residiendo en el territorio de la República por lo menos dos años en condición de casado o casada con peruano o peruana; así como,

formular declaración expresa de la voluntad de ser peruano ante la autoridad competente (Dirección de Naturalización de la Dirección General de Migraciones y Naturalización). Sin embargo, el artículo 20 del Reglamento adiciona como requisitos el carecer de antecedentes penales, judiciales, tener buena conducta y solvencia moral; y no tener enfermedades infectocontagiosas y estar en pleno ejercicio de sus facultades mentales.

- En este supuesto no se pierde la nacionalidad peruana adquirida por opción en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge.
- Los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero que, al llegar a su mayoría de edad, manifiesten su voluntad de ser peruano ante autoridad competente (Dirección de Naturalización de la Dirección General de Migraciones y Naturalización).

■ Nacionalidad por naturalización

La nacionalidad por naturalización implica que, o bien una persona extranjera expresa su voluntad de generar un vínculo jurídico con otro Estado, o bien ello es propiciado por el propio Estado del que se trate.

Al respecto, el artículo 3 de la Ley de Nacionalidad, así como el artículo 8 de su Reglamento, hace

referencia a los peruanos por naturalización, condición que se adquiere ante los siguientes casos:

- a) La persona extranjera expresa su voluntad de ser peruana, para lo cual debe cumplir con determinados requisitos:
 - i) Ser mayor de 18 años de edad y gozar de plena capacidad civil.
 - ii) Residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años.
 - iii) Ejercer regularmente profesión, arte, oficio, actividad empresarial y/o ser rentista.
 - iv) Carecer de antecedentes penales, judiciales, tener buena conducta y solvencia moral.
 - v) Demostrar solvencia económica que le permita vivir independientemente, sin afectar el orden público (contemplado expresamente en el Reglamento, pero no en la Ley).
- b) La persona extranjera residente en el territorio de la República a quien, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Congreso de la República (mediante Resolución Legislativa) le confiere ese honor por servicios distinguidos a la Nación peruana.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el trámite para la obtención de nacionalidad concluye con la Ceremonia Especial de Juramentación de Obtención de Nacionalidad peruana, en la que se hace entrega del título de nacionalidad

al interesado, por lo que previamente a dicho acto, solo se tiene una expectativa de derecho cuya tutela no procede mediante el proceso de amparo (STC Exp. N° 00737-2007-PA/TC).

■ Renuncia a la ~

En general, la nacionalidad no se pierde, salvo por renuncia expresa ante la autoridad competente, es decir, por la expresión de voluntad del nacional en el sentido que quiere dejar de serlo para generar un vínculo jurídico con otro Estado.

En el caso peruano, ello se señala expresamente en el artículo 53 de la Constitución, así como el artículo 7 de la Ley de Nacionalidad, Ley N° 26754, en los cuales no solo se incide en que debe tratarse de autoridad competente (versión original del artículo de la ley), sino que debe tratarse de autoridad peruana (modificatoria mediante Ley N° 27532, publicada el 17 de octubre de 2001). En ese sentido, en el extranjero, dicha renuncia se formula ante las oficinas consulares del Perú en el país del cual se trate, que constituyen autoridades peruanas fuera del territorio nacional.

En la misma línea, la ley modificatoria antes citada eliminó toda referencia a la posibilidad de cancelación de la naturalización o de cualquier facultad por la cual alguna dependencia estatal (ni siquiera la Dirección General de Migraciones y Naturalización) pudiera tener injerencia sobre la pérdida de nacionalidad, dejando solo a salvo la expresión de voluntad

del nacional de un Estado en dicho sentido (renuncia).

Incluso, el artículo 8 de la Ley de Nacionalidad y el artículo 28 de su Reglamento contemplan la posibilidad de recuperar la nacionalidad a la que se hubiera renunciado expresamente si se cumple con lo siguiente:

- Establecer su domicilio en el territorio de la República, por lo menos un año interrumpido.
- Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.
- Ejercer regularmente profesión, arte, oficio u actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.

Acreditar buena conducta y solvencia moral.

■ Doble ~

La doble nacionalidad se produce en distintos supuestos, ante la posible superposición de los criterios que determinan que una persona sea nacional o no de un Estado (*ius soli* versus *ius sanguini*) o al adquirir una nacionalidad que no exige renunciar expresamente a la nacionalidad previa (conforme puede establecer un tratado o convenio, por principio de reciprocidad).

En ese supuesto, debe primar una de ellas, a efectos de atribuir determinados derechos y obligaciones que se desprenden de dicha nacionalidad, al margen del cumplimiento de la normativa aplicable al Estado en el

cual reside (ámbito de aplicación territorial de la ley).

Para dichos efectos, se suele emplear el criterio de la “nacionalidad efectiva” que alude a evaluar en cuál Estado se desarrollan actividades principales, el lugar que se ha fijado como domicilio, así como el eventual cumplimiento de deberes cívicos y militares o el desempeño de cargos públicos.

En el caso peruano, la “doble nacionalidad” se aplica, en estricto, únicamente respecto de España, país con el cual el Perú ha suscrito un convenio sobre el particular. Al respecto, los artículos 10 y 11 de la Ley de Nacionalidad, así como los artículos 32 y 33 de su Reglamento prevén que las personas que gozan de doble nacionalidad ejercen los derechos y obligaciones de la nacionalidad del país donde domicilian, tomando, por tanto, como criterio para establecer la “nacionalidad efectiva” el del Estado donde se fijó domicilio. Sin embargo, en el caso de los extranjeros no se les confiere los derechos privativos de los peruanos de nacimiento y, por su parte, los peruanos no pierden los derechos que les concede la Constitución.

■ ~ de las personas jurídicas

Las personas jurídicas, como se sabe, no son propiamente entes concretos, sino, a tal caso, ideales, en la medida en que por la conjunción de intereses de distintos individuos se constituye un sujeto de derecho autónomo, al cual se le pueden imputar derechos y obligaciones.

En ese sentido, una primera discusión podría generarse respecto a si es posible que una persona jurídica establezca un vínculo de carácter jurídico con un Estado (nacionalidad). Ello se relaciona con la idea de igualdad de trato a la inversión extranjera y eventualmente a la protección diplomática que un Estado puede brindar a sus nacionales que realizan actividades en otro Estado. Sobre el particular, la nacionalidad permite establecer si un Estado se encuentra legitimado para pretender “proteger diplomáticamente” a una persona jurídica determinada, esto es, defender sus intereses ante otro Estado. Sin embargo, al margen de si dicha protección diplomática procede o no, una serie de derechos se desprenden a los nacionales según se vinculen a un Estado u otro (por ejemplo, en relación de los criterios de tributación).

Por ello, se han establecido algunos criterios para determinar cuál sería la nacionalidad atribuible a una persona jurídica determinada. Se formulan teorías sobre el tema que derivan en considerarla nacional según lo siguiente:

- El Estado de quienes tienen el control o accionariado mayoritario sobre ella (teoría del control).
- El Estado donde desarrollan sus actividades o la mayor parte de ellas.
- El Estado de su constitución (teoría de la constitución, criterio que suele ser el más empleado y al que se adscribe el artículo 2073 del Código Civil peruano).
- El Estado a cuyas leyes la persona jurídica se somete expresamente.

NEOCONSTITUCIONALISMO

Por neoconstitucionalismo se entiende, en primer lugar, al constitucionalismo del actual Estado Constitucional o constitucionalismo contemporáneo. Las características de este (ver voz: “Constitucionalismo contemporáneo”) son que encuentra fundamento en la persona humana; es esencialmente democrático; cuenta con derechos positivizados a nivel constitucional que tienden a universalizarse; se produce la “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos; las constituciones adquieren verdadera fuerza normativa; las cartas cuentan con una gran carga axiológica; los contenidos constitucionales son ambiguos e indeterminados; y se reconoce que desentrañar el significado de la Constitución demanda esfuerzos interpretativos adicionales a los clásicos, lo que potencia el papel de los jueces.

De otra parte, por neoconstitucionalismo puede entenderse a la ideología imperante de los constitucionalistas y filósofos del Derecho contemporáneo, quienes justifican y valoran positivamente las características del constitucionalismo actual, principalmente a partir de la ideología liberal de raigambre kantiana y rawlsiana. Este neoconstitucionalismo (que podríamos denominar “neoconstitucionalismo estándar”), adicionalmente a lo señalado sobre el constitucionalismo contemporáneo, considera la importancia de la persona a partir de criterios morales o metafísicos como la dignidad humana o la autonomía moral –considerando incluso que el fundamento del Derecho en última instancia es moral–; considera a las personas como sujetos racionales con capacidad de generar discursos que buscarían ser

aceptables o correctos; formula sobre todo un constitucionalismo de derechos, desplazando a otros principios y valores constitucionales (incluyendo al principio democrático); asimismo, hace referencia a un igual valor o jerarquía abstracta de todos los derechos humanos o fundamentales.

Además, este neoconstitucionalismo demanda una actitud comprometida y militante, que “representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho” (Prieto Sanchís). Este compromiso constitucionalista incluye, asimismo, cierto talante progresista por parte de sus autores, quienes cifran sus esperanzas en el lugar especial que ocupan los derechos y en el buen uso que los jueces harían de su discrecionalidad.

Por último, debemos mencionar existe una muy difundida clasificación de las formas o tipos de neoconstitucionalismo que ofrece Paolo Comanducci, quien –siguiendo una clasificación previa de Bobbio sobre el positivismo jurídico– diferencia un neoconstitucionalismo teórico, de uno metodológico y de otro ideológico. Para Comanducci el neoconstitucionalismo teórico explica las principales características de los sistemas jurídicos contemporáneos, describiendo las novedades sobre el alcance y contenido de las actuales Constituciones; el neoconstitucionalismo ideológico centra sus fuerzas en criticar el positivismo ideológico y exalta la constitucionalización del ordenamiento; y, finalmente,

el neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y moral (lo que trae consigo una específica forma de entender y operar con el Derecho).

Bibliografía consultada

- **COMANDUCCI, Paolo.** “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002.
- **SOSA SACIO, Juan Manuel.** “Nuestros constitucionalismos”. En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Juan Manuel Sosa (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

NORMA JURÍDICA

Mandato (perentorio o prima facie) que permite, prohíbe, impone o autoriza una acción (positiva o de omisión) a la que se le atribuye una consecuencia jurídica frente a su observancia o inobservancia. La norma jurídica resulta ser el producto interpretativo de una disposición normativa, a la que se le atribuye o se le extrae la norma jurídica, que es el significado.

Aunque existen diversas concepciones sobre la norma jurídica, que la conciben como práctica social, como acto del habla o como sucesión de signos lingüísticos; el concebir a la norma jurídica como significado de los enunciados normativos permite que en el razonamiento jurídico se trabajen también con razones y no solamente con hechos. En esta línea, se ha concebido a la norma

jurídica como razones operativas para justificar una acción o decisión (Nino) o como razones para la acción (Raz), las cuales se diferencian sustancialmente de las órdenes o pedidos, en tanto estos últimos son hechos.

Las normas jurídicas se insertan en el ordenamiento jurídico al cumplirse con las normas de producción jurídica. Estas normas de producción jurídica regulan los actos institucionales para la creación del Derecho, y determinan la validez formal de las normas jurídicas. Esta validez está condicionada a la compatibilidad de la norma jurídica con el ordenamiento constitucional, en donde determinados órganos institucionales están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones o de las normas.

En tanto mandato perentorio o prima facie, la norma jurídica puede tener una

estructura de regla o de principio, respectivamente. El que sea un mandato que debe cumplirse definitivamente o en la mayor medida posible depende de varios factores vinculados a las características y funcionamiento del tipo de norma jurídica. Son criterios de distinción entre normas-regla y normas-principio el grado de indeterminación semántica, la técnica de aplicación (por subsunción o por ponderación), el grado de deliberación que se exige para dar solución a los casos.

Bibliografía consultada

- **GUASTINI, Riccardo.** "In tema di norme sulla produzione giuridica". En: *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Giappichelli, Torino, 1995.
- **NINO, Carlos Santiago.** *La validez del Derecho*. Segunda reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003.



OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES

La Oficina Nacional de Procesos Electorales es un organismo constitucionalmente autónomo. A decir de la Constitución vigente, integra el “sistema electoral”, conjuntamente con el Jurado Nacional de Elecciones y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, organismos con los que establece relaciones de coordinación.

De conformidad con el artículo 182 de la Constitución, así como de su Ley Orgánica (Ley N° 26487) tiene como funciones principales las siguientes: a) la organización de todos los procesos electorales, de referéndum y los otros tipos de consulta popular (incluido su presupuesto); b) diseñar la cédula de sufragio, actas electorales, formatos y todo otra materia en general para que asegure el respeto de la voluntad del ciudadano en la realización de los procesos a su cargo; c) planificar, preparar y ejecutar todas las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos a su cargo en cumplimiento estricto de la normativa vigente; d) preparar y distribuir el material electoral; e) brindar, desde el inicio del escrutinio, información permanente sobre el cómputo de los resultados

electorales; f) dictar las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios; g) dictar las resoluciones y la reglamentación necesaria para su funcionamiento; h) divulgar los fines, procedimientos y formas de los procesos; i) garantizar al ciudadano el derecho al sufragio; j) obtener los resultados de los procesos a su cargo y remitirlos al Jurado Nacional de Elecciones; k) diseñar y ejecutar un programa de capacitación operativa dirigida a los miembros de mesa y ciudadanía en general, durante la ejecución de los procesos electorales.

Al encargarse de la “organización de los procesos electorales”, el Tribunal Constitucional peruano ha derivado que le corresponde administrar la franja electoral de todos los procesos electorales (aplicable a las Elecciones Generales y Regionales). También señaló que, en el marco de la Ley de Partidos Políticos vigente, forma parte de su ámbito de competencia supervisar los fondos partidarios. Sin embargo, en ambos casos dejó a salvo las facultades jurisdiccionales y de fiscalización sobre estas materias, a cargo del Jurado Nacional de Elecciones (STC Exp. N° 0002-2011-PCC/TC).

La máxima autoridad es el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, quien es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un periodo renovable de cuatro años y que puede ser removido por el Consejo por falta grave. Su renovación en el cargo se efectuará previa ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura que, de no producirse, impide postular nuevamente para acceder al cargo. Al estar sometido a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, no puede ser menor de 45 ni mayor de 70 años. Tampoco pueden ejercer dicho cargo los candidatos a cargos de elección popular, o los ciudadanos que bien desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas o los han desempeñado en los cuatro años anteriores a su postulación.

En época electoral, la Oficina Nacional de Procesos Electorales crea, como órganos de carácter temporal con competencia en una circunscripción territorial determinada, las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales, las que se encargan de la distribución del material electoral, así como de todas las funciones referidas a la organización del proceso electoral, en su ámbito de competencia.

🔗 **Voces relacionadas:** Jurado Nacional de Elecciones, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Sistema electoral.

ORGANIZACIONES POLÍTICAS

Las organizaciones políticas son agrupaciones con organización interna, con formas de militancia y con programas y pertenencia ideológica. Por lo tanto, concurren a formar la pluralidad y libertad

de las ideas, al tender a identificarse con determinadas opciones e intereses de la sociedad, que configuran su posición y al mismo tiempo el espacio político desde el cual concurren a la formación de la democracia.

Se considera que las organizaciones políticas presentan como características centrales las siguientes: a) son aparatos con institucionalidad y vocación de permanencia; b) se dirigen al pueblo para captar su apoyo y acumular fuerzas de manera que puedan ejercer el poder del Estado y, por ello, son canales de participación del pueblo en el poder; c) trabajan llevando a cabo operaciones de generación, agregación, transformación y articulación de intereses a fin de lograr mayor representatividad y acumulación de poder popular; d) ejercitan una conducta democrática acorde con el sistema político predominante que, a su vez, retroalimenta y refuerza a la democracia; e) orientan la conciencia política, tanto del pueblo en general como de sus afiliados, con sus propuestas ideológicas y programáticas; y, f) participan en elecciones y todo tipo de votación, como medios eficientes de logro del poder y representación formal dentro del Estado, y así contribuyen a formar y expresar la voluntad popular.

Se trata de asociaciones de naturaleza privada, pero cuyo objetivo es que los candidatos que presenten a los procesos electorales accedan a los cargos y así poder implementar, desde los diferentes niveles de gobierno, sus políticas y programas. Sin embargo, su existencia no debe ceñirse únicamente al momento del proceso electoral, sino que debe mantener una permanente actividad, que le permita constituirse en el mecanismo esencial para canalizar los nexos entre el Estado y los ciudadanos (individualmente o como sociedad civil).

En el Perú, hoy no se puede hablar propiamente de una composición estructural de la totalidad de organizaciones políticas que garantice la existencia de relaciones de competencia para la posible alternancia del poder, en el marco del pleno ejercicio de los derechos de participación política (“sistema de partidos”). Ello en la medida en que si bien existen organizaciones políticas (incluso que han cumplido la formalidad de su inscripción), este excesivo pluralismo, el “discurso antipartidista” y falta de una verdadera representación (conjuntamente con factores histórico-estructurales, del propio sistema electoral y externos como la violencia o la crisis económica) han llevado más bien a que no se generen pautas de institucionalización. Por ello, hoy se puede hablar bien de “crisis” o, reconociendo ello como una situación existente por décadas en el país (con momentos centrales hacia 1968 y las décadas de los años ochenta y noventa), de una “debilidad estructural” de las organizaciones políticas.

Sin embargo, sí se ha estructurado un marco normativo para procurar brindarles algunas pautas desde su inscripción hasta su cancelación.

Desde la norma constitucional, el artículo 35 señala que los partidos, movimientos o alianzas permiten el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, como organizaciones que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, que adquieren personalidad jurídica a partir de su inscripción en el respectivo registro.

Posteriormente, la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, publicada el 1 de octubre de 1997, reguló los requisitos

para la inscripción y participación de partidos políticos, movimientos y alianzas en los procesos electorales.

Es únicamente en el 2003, con la promulgación de la Ley N° 28094, Ley de Partidos Políticos, que se abordan temas adicionales al incluir previsiones respecto de la inscripción de organizaciones políticas, los supuestos para la cancelación de su inscripción, democracia interna y financiamiento, así como la función del Registro de Organizaciones Políticas.

■ Tipos de ~

La Ley de Partidos Políticos reconoce distintos tipos de organizaciones políticas:

- Partidos políticos, de alcance nacional.
- Movimientos regionales, con alcance regional o departamental.
- Organizaciones políticas locales, con alcance local, bien provincial o distrital.
- Alianzas electorales, que pueden efectuarse entre dos o más partidos políticos, entre movimientos regionales, y entre un partido político y un movimiento regional.

Desde la denominación de la ley citada, puede constatarse que el mayor enfoque en la regulación vigente recae en los partidos políticos. Sin embargo, sí incorpora determinadas previsiones aplicables para los movimientos regionales, organizaciones políticas locales y alianzas, prioritariamente en lo referido a su inscripción o constitución, según cada caso.

Inscripción y constitución de las ~

Las organizaciones políticas requieren cumplir con la formalidad de su inscripción para que sus actos surtan plenos efectos jurídicos y sean atribuibles a la organización política (y no a sus fundadores o afiliados de manera autónoma), aun cuando se permite la ratificación de los actos celebrados con anterioridad a su inscripción dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su inscripción (artículo 11 de la Ley de Partidos Políticos).

La inscripción de las organizaciones políticas debe efectuarse en el Registro de Organizaciones Políticas, a cargo del Jurado Nacional de Elecciones, de conformidad con el artículo 178 de la Constitución.

Sin embargo, para que dicha inscripción proceda se deben cumplir determinados requisitos previamente, que, aunque similares, son diferentes según el tipo de organización política

de la cual se trate, conforme al detalle en el cuadro N° 1.

Por su parte, las alianzas permiten establecer un vínculo temporal entre dos o más organizaciones políticas con el fin de participar con una lista de candidatos conjunta en el tipo de elección que corresponda. De conformidad con el artículo 15 de la Ley de Partidos Políticos, pueden efectuarse entre partidos, entre movimientos regionales, y entre un partido político y un movimiento regional.

También, para esta participación bajo una denominación común, se requiere su inscripción ante el Registro de Organizaciones Políticas. La solicitud que se presente para dichos efectos debe adjuntar el acta en el que conste el acuerdo en cada organización política que pretende integrar la alianza respecto a la voluntad de formarla e incluir información referida al proceso electoral en el que se participa, los órganos de gobierno,

CUADRO N° 1

Partido político	Movimiento regional	Organización política local
Artículo 5 de la LPP*	Artículo 17 de la LPP	Artículo 17 de la LPP
Acta de fundación (incluye denominación y símbolo).		
Adherentes en número no menor del 3% de los ciudadanos que sufragaron en las últimas elecciones de carácter nacional.	Adherentes en número no menor del 3% de los ciudadanos que sufragaron en las últimas elecciones de carácter nacional, dentro de su circunscripción.	Adherentes en número no menor del 3% de los ciudadanos que sufragaron en las últimas elecciones de carácter nacional, dentro de su circunscripción.
Actas de constitución de comités en por lo menos 1/3 de las provincias del país ubicadas en al menos los 2/3 de los departamentos.	Actas de constitución de comités en por lo menos 1/2 más uno de provincias en el departamento.	Organizaciones políticas locales provinciales: Actas de constitución de comités en por lo menos 1/2 más uno del total de distritos de la provincia. Organizaciones políticas locales distritales: Acta de constitución de cuando menos un comité en el distrito.
Estatuto.		
Designación de personeros legales.		
Designación de representantes legales.		

* LPP: Ley de Partidos Políticos

la denominación, el símbolo y la designación de los personeros legal y técnico de la alianza. Dicha inscripción debe efectuarse entre los ciento ochenta días calendario anteriores a la fecha de elección y los treinta días antes del plazo para la inscripción de los candidatos a la Presidencia de la República.

■ Democracia interna de las ~

La finalidad de exigir parte de reconocer que la trascendencia política de sus funciones, al concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser cauce fundamental para el ejercicio del derecho participación política exige que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos (STCE 10/1983).

Por ello, es que se les exige la denominada "democracia interna". Se trata entonces de que las organizaciones políticas incorporen parámetros democráticos al conformar sus listas de candidatos y al definir quienes ejercen sus cargos directivos, dando cabida en ello a la participación de todos los afiliados a ella y, de estimarlo conveniente, incluso a todos los ciudadanos (sin limitar ello a su afiliación). El incluir estos parámetros democráticos en las organizaciones es además la tendencia que además se ha venido consolidando en América Latina.

El Perú no ha sido ajeno a ella e incluyó en el año 2003, en la Ley de Partidos Políticos, disposiciones sobre el particular (artículos 19 al 27). De igual manera, esta materia ha sido objeto de algunas resoluciones emitidas por el Pleno del Jurado Nacional

de Elecciones. En ese sentido, para el proceso de Elecciones Regionales, Municipales y Referéndum Nacional 2010, se aprobó la Resolución N° 302-2010-JNE, como instructivo sobre esta materia. De igual manera, en el marco de las Elecciones Generales 2011 se emitieron las Resoluciones N° 2541-B-2010-JNE (instructivo) y, la N° 2541-A-2010-JNE (fiscalización).

Las organizaciones políticas a las cuales se extiende la obligación de cumplir con la democracia interna son los partidos políticos y movimientos regionales, por lo que se excluye a las organizaciones políticas locales y distritales. En lo relativo a las alianzas electorales, estas sí se ven obligadas a cumplir con el requisito, especialmente para evitar generar incentivos para promover alianzas con el solo propósito de no cumplir este requisito y que, en todo caso, la naturaleza de las alianzas (que implican convergencia de intereses, e incluso pueden ver ampliada su vigencia con posterioridad al proceso electoral, a sola voluntad) justifica que les resulte aplicable este requisito.

Respecto de la oportunidad para la realización de las elecciones internas, el artículo 22 de la LPP establece que para elegir candidatos estas deben efectuarse entre 180 y 21 días antes de la elección.

Ahora bien, no debe perderse de vista que la actual regulación de la Ley de Partidos Políticos fomenta la elección, pero habilita "en un porcentaje limitado" a la designación. En ese sentido, contempla tres modalidades posibles de elección (con voto universal, libre, igual y secreto:

a) directa votación de los afiliados; b) directa votación de afiliados y no afiliados; y, c) una modalidad indirecta a través de delegados (elegidos de manera directa por los afiliados). En el caso de la designación, esta puede comprender hasta un quinto (1/5) del total de integrantes de la lista de candidatos.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley de Partidos Políticos, se señala expresamente que los candidatos a Presidente y Vicepresidentes de la República no pueden ser designados sino que deben ser elegidos. Bajo ese mismo sustento se ha entendido, en las Elecciones Regionales y Municipales 2010, que quienes encabezaran las listas a cargos regionales y municipales no podían ser designados (Resolución N° 302-2010-JNE).

En lo referido a la participación de los organismos electorales, el artículo 21 de la Ley de Partidos Políticos prevé que la Oficina Nacional de Procesos Electorales puede brindar apoyo y asistencia técnica a los procesos electorales internos, luego de lo cual emite un informe dirigido al órgano electoral central, pero también al Jurado Nacional de Elecciones, para el ejercicio de sus funciones de fiscalización sobre la materia.

■ **Financiamiento de las ~**

Toda organización, pública o privada, que desarrolla actividades determinadas requiere algún tipo de ingreso o recurso que le permita solventar los gastos que ella acarrea.

Ante dicha realidad y en aras de brindarla mayor formalidad al

financiamiento que se provee, la Ley de Partidos Políticos ingresó a regular esta materia.

En ese sentido, se distinguen los dos tipos de financiamiento: privado y público.

■ **Financiamiento privado**

El financiamiento privado incluye toda prestación en dinero o en especie que obtengan las organizaciones políticas provenientes de sus afiliados, de sus propias actividades o rendimientos procedentes de su propio patrimonio, de los ingresos por aportaciones, de créditos o legales o, en suma, de cualquier fuente particular y ajena al Estado.

Respecto de este tipo de financiamiento, la ley establece montos máximos de aporte (60 UIT), así como fuentes de financiamiento prohibidas (como los aportes de cualquier entidad de Derecho Público o empresa de propiedad del Estado o con participación de este; las confesiones religiosas; y los partidos políticos y agencias de gobiernos extranjeros salvo que, en este último caso, sus aportes se empleen para formación, capacitación e investigación).

La verificación del cumplimiento de estas pautas –incluso con la imposición de sanciones– es de competencia de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, conforme indica el artículo 34 de la Ley de Partidos Políticos y ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en la STC Exp.

N° 0002-2011-PCC/TC. Sin embargo, como también se ha precisado en dicho proceso competencial, no se trata de una atribución que excluya la posibilidad de fiscalización del Jurado Nacional de Elecciones en esta materia.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 36 de la Ley de Partidos Políticos, las sanciones impuestas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales son susceptibles de apelación ante el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

■ **Financiamiento público**

El financiamiento público puede ser directo o indirecto.

El financiamiento público directo implica que el Estado entregue una determinada cantidad de dinero a las organizaciones políticas, lo que puede ser con carácter permanente o restringido a la convocatoria de un proceso electoral. En ese sentido, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Partidos Políticos, el Estado debe destinar el equivalente a 0.1% de la UIT por cada voto emitido para elegir representantes al Congreso y, con el monto total, distribuir 40% entre todos los partidos políticos y 60% en forma proporcional a los votos obtenidos por cada partido político en la elección de representantes al Congreso.

Sin embargo, este artículo concreto de la ley nunca ha sido cumplido, pues el financiamiento público directo no ha sido entregado a partido político alguno. Ello

probablemente pueda deberse a que la tercera disposición transitoria de la ley restringe su aplicación a las posibilidades de la economía nacional.

De otro lado, el financiamiento público indirecto implica que el Estado no haga entrega de montos dinerarios, sino que ofrezca el uso gratuito de determinados servicios estatales, brinde exoneraciones fiscales o, como sucede en el caso peruano, asuma el pago de un determinado servicio a favor de la organización política. El mecanismo de financiamiento público indirecto más utilizado es el de la denominada “franja electoral”, espacio en los medios de comunicación en el que las diferentes organizaciones políticas exponen su propaganda electoral, en el marco de un proceso electoral convocado en el cual han presentado candidatos (aunque en algunos ordenamientos dicho espacio puede tener también una vigencia no restringida a un proceso electoral determinado, sino ser permanente).

En el caso peruano, además de aplicar a los partidos políticos (extendible a otras organizaciones políticas) el régimen tributario de las asociaciones y estar exceptuados del pago de impuestos directos (artículo 33 de la Ley de Partidos Políticos), se regula la franja electoral.

En ese sentido, los artículos 37 y 38 de la Ley de Partidos Políticos prevén que desde los treinta días hasta los dos días previos al

acto electoral, los partidos políticos tienen acceso gratuito a los medios de radiodifusión y televisión, de propiedad privada o del Estado, en una franja electoral.

Dicha franja es difundida entre las 19.00 y 22.00 horas, con duraciones que varían entre los 10 y 30 minutos según la mayor proximidad del acto electoral. De dicho periodo, la mitad del tiempo se distribuye equitativamente entre los partidos políticos y la otra mitad proporcionalmente a la representación con la que cuenta cada partido en el Congreso de la República. De existir un partido que participe por primera vez, dispone de un tiempo equivalente al del partido con menor adjudicación. De igual manera, los espacios de tiempo no utilizados se destinan

a difusión de educación electoral, según determine la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

De conformidad con la Ley de Partidos Políticos y la Ley de Elecciones Regionales (cuarta disposición transitoria y complementaria), la franja electoral es únicamente aplicable a las Elecciones Generales y Regionales (y no así a las Elecciones Municipales). Para ambos tipos de elección, su administración (lo que incluye la realización del sorteo para la asignación del espacio que corresponde a cada organización política) es de competencia de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, lo que admite una posible fiscalización del Jurado Nacional de Elecciones (STC Exp. N° 0002-2011-PCC/TC).

CUADRO N° 2	
Iniciada por la organización política	<p>A solicitud del órgano autorizado por su estatuto, previo acuerdo de disolución.</p> <p>Por su fusión con otra organización política.</p> <p>Alianzas: Por no expresar su voluntad de ampliar el plazo de vigencia dentro de los treinta días naturales posteriores a la conclusión del proceso electoral.</p>
Por no tener mínimo de votación	<p>Partidos políticos: Si no ha obtenido al menos seis representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral o 5% de los votos válidos a nivel nacional. Procede al cumplirse un año del último proceso de elección general.</p> <p>Movimientos regionales: Si no ha obtenido al menos 5% de los votos válidamente emitidos en el proceso electoral en el que haya participado, a nivel de su circunscripción.</p>
Por sanción	<p>Declaración de ilegalidad por conducta antidemocrática: Procede por lo siguiente a) vulnerar sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida, la integridad de las personas o la exclusión o persecución de personas por cualquier razón, o legitimando la violencia como método para la consecución de objetivos políticos; b) complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones que para la consecución de fines políticos, practiquen el terrorismo o que con su predica contribuyan a multiplicar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos; c) apoyar la acción de organizaciones que practican el terrorismo y/o el narcotráfico.</p> <p>Se opta por un control posterior y de verificación de legalidad de conductas (similar al de la Ley Orgánica de Partidos Políticos en España 6/2002), a cargo de un órgano jurisdiccional (la Corte Suprema de Justicia de la República). En ese sentido, se opta por un modelo intermedio y se descartan otras alternativas posibles que apuntan bien a un control previo por el Poder Ejecutivo (Francia) o bien a un control posterior, pero de constitucionalidad e incluso de ideologías o fines, como competencia del Tribunal Constitucional para la declaratoria (Alemania).</p>

■ Cancelación de inscripción de las ~

De conformidad con los artículos 13 y 14 de la Ley de Partidos Políticos, procede, de oficio o a pedido de parte, la cancelación de la inscripción de una organización política en el cuadro N° 2.

■ Bibliografía consultada

- **BERNALES, Enrique.** *La Constitución de 1993: análisis comparativo.* Ciedla, Lima, 1996.
- **PEASE, Henry.** *La autocracia fujimorista. Del Estado intervencionista al Estado mafioso.* PUCP, Lima, 2003.
- **RUBIO CORREA, Marcial.** *Ley de Partidos Políticos: Las reglas que nadie quiso aprobar.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

ÓRGANO CONSTITUCIONAL

Entidad estatal que se configura por mandato directo e inmediato de la Constitución y que cumple funciones esenciales en el Estado, sin adscribirse o subordinarse a ninguno de sus tres clásicos poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El desarrollo del Estado y las variadas funciones que, con el tiempo, este ha ido asumiendo, han dado lugar a la ampliación y diversificación de los órganos que lo integran.

Los órganos constitucionales tienen el mismo rango jurídico político, de modo que no son agentes, comisionados, partes integrantes o subórganos de otros órganos. En una estructura racionalizada del Estado, esto quiere decir que

son jurídicamente independientes de los demás órganos en el ejercicio de las competencias que les han sido asignadas por la Constitución, entre las que se encuentra el establecimiento de reglas para su organización y procedimientos internos.

La Constitución peruana de 1993 no ha definido expresamente qué se entiende por órgano constitucional, ni ha establecido cuáles son sus elementos o rasgos esenciales; sin embargo, a partir de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (STC Exp. N° 0029-2008-AI/TC), es posible afirmar que para que un órgano pueda ser considerado de naturaleza constitucional, deben concurrir los siguientes elementos:

- a) *Necesidad:* Este elemento exige, de un lado, que el órgano constitucional sea verdaderamente necesario, al punto que su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales (aunque sea parcialmente) o produciría una ilegítima transformación de la estructura del Estado. De otro lado, este elemento también implica que el órgano debe ser insustituible, en el sentido de que sus tareas solo pueden ser realizadas por este y no por otros órganos constitucionales.
- b) *Inmediatez:* El órgano constitucional debe recibir sus atribuciones fundamentales directamente de la Constitución, haciéndolo reconocible como un órgano que se engarza coordinadamente en la estructura estatal, bajo el sistema de frenos y contrapesos, propio de una concepción contemporánea del principio de división del poder.

- c) *Posición de paridad e independencia respecto de otros órganos constitucionales*: Esto quiere decir que un órgano constitucional debe tener, por mandato constitucional, autonomía e independencia. De modo que, no siendo un órgano "autárquico", tampoco esté subordinado a los demás órganos constitucionales y poderes del Estado.

La Constitución de 1993 consagra hasta diez órganos constitucionales, con funciones específicas y autonomía para llevarlas a cabo: el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Banco Central de Reserva del Perú, la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca y Seguros.

Bibliografía consultada

- GARCÍA PELAYO, Manuel. "El 'status' del Tribunal Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1, N° 1, enero-abril de 1981.

ORIGINALISMO

Un lugar común en el estudio sobre la interpretación constitucional es el referido a la contraposición entre las visiones originalista y evolucionista (o dinámica) de la Constitución. Concretamente, la postura originalista se caracteriza por ofrecer una lectura "hacia el pasado" de dicho texto normativo, tratando de desentrañar la "verdadera voluntad" que tuvieron sus redactores (los constituyentes) al momento de aprobarla. En

contraste, la tesis evolucionista o dinámica trata de hacer de la Constitución un "texto vivo", labor que es encargada primordialmente a los jueces, quienes al estar en contacto permanente y directo con la sociedad, estarían inmejorablemente situados para conocer los vacíos y deficiencias del texto constitucional.

En buena cuenta, la tesis originalista figura como una respuesta a los riesgos inherentes que implica confiarle a los jueces el darle "vida" a la Constitución (singularmente, el riesgo del decisionismo judicial). Ciertamente, no es que aquella se oponga o ignore la necesaria evolución del Derecho al compás de los cambios sociales: solo estima que tales cambios deben ser internalizados por la vía de la correspondiente reforma constitucional, esto es, por la vía democrática (y no a través de la interpretación hecha por entes no democráticos).

Pese a todo, la doctrina se ha encargado de poner de relieve los grandes vacíos del originalismo, entre los que podemos mencionar: a) resulta imposible quedarnos exclusivamente con el texto de la Constitución, sin apelar a algún elemento moral "externo" al mismo; b) el originalismo no termina de asegurarnos una de sus promesas, como es la seguridad jurídica, pues la voluntad del constituyente no es algo que por lo común pueda calificarse de único o uniforme. De ahí que autores como Ronald Dworkin hayan apelado la noción de una "lectura moral de la Constitución", la cual puede explicarse a través de la metáfora de la "novela en cadena": la idea es que, así como sucede con un escritor, el intérprete debería esforzarse por "mirar atrás" y reconocer aquello que la comunidad ha venido diciendo hasta el momento; y

luego “mirar adelante” para determinar cuál sería la mejor continuación posible de la historia. De este modo, en la actualidad, es posible afirmar que tanto los conservadores como los liberales opinan que la interpretación de la Constitución requiere mucho más que descubrir pasivamente un significado fijo dado varias generaciones atrás (Tribe y Dorf).

La tensión entre estas dos corrientes interpretativas tiene en la disputa Bork vs. Dworkin a uno de sus capítulos más interesantes e ilustrativos. En efecto, con ocasión de la nominación de Robert Bork como candidato a ocupar una vacante en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se desató una polémica que enfrentó a Bork (autoproclamado originalista y conservador) y a Ronald Dworkin (partidario, como dijéramos, de una lectura “moral” del texto constitucional), quien publicó una serie de artículos en la *New York Review of Books* durante 1987 descalificando al mencionado candidato (particularmente, por mantener un discurso contradictorio y negar “intencionalmente” el carácter jurídico de algunas sentencias del Tribunal Supremo, que Bork estimaba contrarias a la tesis originalista que él defendía).

Bibliografía consultada

- **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel.** *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional.* Civitas, Madrid, 1989.
- **GARGARELLA, Roberto.** “La difícil tarea de la interpretación constitucional”. En: *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional.* Roberto Gargarella (coordinador), Tomo I, Abeledo-Perrot, 2009.
- **TRIBE, Laurence y DORF, Michael C.** *Interpretando la Constitución.* Traducción de Jimena Aliaga Gamarra, Palestra, Lima, 2010.

OVERRULING

Es un técnica utilizada por los jueces constitucionales de las máximas instancias para cambiar el sentido jurisprudencial de una determinada materia, a efectos de hacerla compatible con el nuevo marco normativo y, al mismo tiempo, optimizar el desarrollo y la defensa de los derechos constitucionales involucrados en esta materia.

La decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual es una práctica frecuente tanto en los sistemas de *Civil Law*, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir del *Common Law*. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique. Esta idea es expresada por el Lord Reid cuando señala que: “La gente quiere dos cosas contradictorias; que el derecho sea cierto, y que sea justo y que cambie con los tiempos. Es nuestra tarea mantener ambos objetivos al alcance (...) debemos tener una doctrina general del precedente -de otra manera no podemos tener certeza-. Pero debemos encontrar una vía intermedia que prevenga que el precedente sea nuestro dueño”.

Por su parte, en el *common law* norteamericano el Juez Kennedy, en la sentencia *Patterson v. Malean Credit Unión*, 1989, 172, ha sostenido lo siguiente: “Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos *overruling* respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante hemos sostenido que, cualquier salida de la

doctrina del *stare decisis* demanda una especial justificación”.

En ese sentido, cuando exista la *necesidad* y prioridad, la técnica del *overruling* permite cambiar motivadamente un precedente en su núcleo normativo aplicado al nuevo precedente ya sea en el caso de análisis (eficacia retrospectiva) o, en la mayoría de los supuestos casos del futuro (*prospective overruling*). Precisamente, la técnica del *prospective overruling* se utiliza cuando el juzgador advierte a la población del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin cometer la injusticia ínsita en una modificación repentina de las reglas que se consideran como válidas.

Así también se ha sostenido que el cambio de precedente es también una práctica habitual en los Tribunales

Constitucionales de los sistemas de *civil law*. Así, por ejemplo, en el Perú se ha utilizado esta técnica en los siguientes casos: Exp. N° 3361-2004-PA/TC; Exp. N° 90-2004-PA/TC; Exp. N° 01405-2010-PA/TC; Exp. N° 649-2002-AA/TC, Exp. N° 0025-2005-AI/TC; Exp. N° 00001-2009-PI/TC, entre otros.

Bibliografía consultada

- **BENESH, Sara C.** “Overruling an event history analysis of Lower Court reaction to Supreme Court alteration of precedent”. En: *The Journal of Politics*. Vol. 64, N° 2, mayo de 2002.
- **ITURRALDE SESMA, Victoria.** *El precedente en el common law*. Civitas, Madrid, 1995
- **SODERO Eduardo.** “Sobre el cambio de los precedentes”. En: *Isonomía*. N° 21, octubre de 2004.

PARTÍCIPE

Pese a que, en el proceso de inconstitucionalidad, la legitimidad activa (esto es, quienes pueden interponer la demanda correspondiente) es una de tipo *numerus clausus* (artículo 203 de la Constitución), lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la posibilidad de que determinados sujetos distintos a los enunciados, expresa y taxativamente en la Constitución, puedan participar en el procedimiento del juicio constitucional abstracto a la ley. Así, figuras tales como las del *amicus curiae*, el litisconsorte facultativo o el tercero afectado, entre otros, han sido incorporados al proceso de inconstitucionalidad con la finalidad de mejorar las capacidades cognoscitivas del Tribunal Constitucional en lo atinente a la interpretación de la ley impugnada así como del parámetro de constitucionalidad (Constitución y bloque de constitucionalidad).

Una de esas figuras es, precisamente, la del “partícipe”, reconocida en la RTC Exps. N°s 0025-2005 y 0026-2005-PI/TC. La idea es que, a través de su colaboración, el Tribunal cuente con una tesis interpretativa construida desde la particular situación en la que se halla

el sujeto que interviene con tal calidad. El fundamento lo encuentra el Tribunal en la necesidad de apuntar hacia una “interpretación pluralista de la Constitución” (que recoge de la tesis de Peter Häberle sobre la sociedad de intérpretes del texto constitucional), aclarando seguidamente que la justificación de su intervención no es la defensa de un derecho o interés propio, sino la contribución al proceso con una postura interpretativa “de parte”.

En cuanto a las facultades de este sujeto procesal, que no es parte, encontramos las siguientes: a) debe ser notificado con la demanda y su contestación; b) puede presentar informe escrito así como intervenir en la vista de la causa para sustentar el informe oral; c) su intervención no puede entorpecer el procedimiento y las actuaciones procesales ordenadas por el Tribunal Constitucional en su condición de director del proceso (RTC Exps. N°s 0025-2005 y 0026-2005-PI/TC, f. j. 3).

PATERNALISMO JURÍDICO

La voz “paternalismo” hace alusión a una especial forma de relación entre el

Estado y sus ciudadanos. Concretamente, se refiere a la coerción que es ejercida por las autoridades estatales sobre la esfera de la libertad general de acción de las personas, con el fin de proteger los intereses de estas últimas. Son casos típicos de paternalismo, entre otros, la legislación que desincentiva el consumo de tabaco o que obliga a llevar puesto el cinturón de seguridad.

El paternalismo, sin embargo, se diferencia nítidamente del perfeccionismo. Así, mientras el primero busca que los individuos satisfagan sus preferencias subjetivas y planes de vida libremente adoptados sobre la base de la imposición de determinadas conductas o cursos de acción, el perfeccionismo, en cambio, sobrepone un modelo de excelencia humana a los individuos, vulnerando de este modo la libertad que a estos les asiste. Esto que equivale a decir que, mientras el paternalismo busca ampliar el conjunto de posibilidades abierto a las personas para que estas elijan de forma libre e informada, el perfeccionismo, por el contrario, reduce esas posibilidades al mínimo, dejando prácticamente en manos del Estado una elección que le corresponde realizar al propio individuo. De ahí que, teniendo en cuenta que tanto el pluralismo y la tolerancia, así como el principio del libre desenvolvimiento de la personalidad, son valores que forman parte del entramado de la Constitución, sólo el paternalismo (o mejor, algunas de sus “modalidades”) puedan tener cabida en el Estado constitucional.

El paternalismo que es de recibo en el Estado constitucional es, por tanto, un “paternalismo libertario” (Sunstein), pues propone dotar a las personas de información completa, capacidades cognitivas

ilimitadas y potestad de autocontrol, a fin de que aquellas tomen mejores decisiones en términos de su propio bienestar, todo ello a cambio de un costo trivial. Por lo tanto, no se vale de los clásicos mecanismos de coacción vertical, propios del Estado policía, sino de instrumentos persuasivos tales como campañas de información, otorgamiento de beneficios o premios a las conductas deseadas, etc.

Con todo, aún esta forma de paternalismo ha sido –y es aún hoy– blanco de constantes e importantes críticas formuladas desde el flanco liberal. Particularmente, se le objeta que coarte la voluntad de las personas, asumiendo de antemano que las elecciones que estas hacen son por definición erradas y, por ende, siendo mejor decidir por ellas, a partir de la valoración previa de qué es lo mejor para ellas.

Para hacer frente a estas críticas, el paternalismo ha sabido diferenciar aquellas modalidades que resultan admisibles, de aquellas que no lo son, atendiendo a la finalidad que esta forma de actuación quiere lograr en los individuos. Así pues, se afirma en primer lugar, que la intervención estatal resulta legítima para prohibir que el ser humano, en ejercicio de su autonomía, se anule a sí mismo (sería el caso, por ejemplo, de la eutanasia). Otro caso igualmente habilitante ocurre cuando la restricción a la autonomía individual es ínfima, en comparación con el objetivo que se pretende, como es la evitación de un daño objetivo, grave e irreparable a la persona cuya autonomía se restringe (el caso típico de la obligación de llevar puesto el cinturón de seguridad); en tercer lugar, una medida paternalista también se justifica cuando puede determinarse que la

persona tiene limitada la libre manifestación de su voluntad, evitándose la ocurrencia de un daño grave e irreparable (sería el caso de los niños y los incapaces absolutos), lo que incluye aquellos casos en que esa limitación obedece a presiones externas o internas (como es el caso de los adictos a sustancias toxicológicas) (Cfr. STC Exp. N° 0032-2010-PI/TC).

Bibliografía consultada

- **DWORKIN, Ronald.** *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.* Ariel, Barcelona, 1994.
- **NINO, Carlos Santiago.** *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación.* Segunda edición ampliada y revisada, segunda reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- **SUNSTEIN, Cass.** *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución.* Katz, Buenos Aires, 2010.

PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Ver: Sentimiento constitucional.

PERFECCIONISMO

El perfeccionismo es la concepción según la cual está justificado que el Estado interfiera en la voluntad y convicciones de los sujetos acerca de la realización de sus proyectos de vida. El Estado perfeccionista no permanece indiferente a los planes de vida que los individuos eligen, porque no es neutral acerca de lo “bueno”. El perfeccionismo rechaza el no cognitivismo ético en todas sus formas y asume que sí existen vidas buenas universalmente válidas

y objetivamente mejores, identificables independientemente de todo parecer y deseos subjetivos, y que constituyen razones morales para orientar la acción política hacia la consecución de esos ideales de excelencia humana.

El Estado como promotor de la perfección moral descalifica los planes de vida considerados inferiores y se compromete activamente con aquellas formas de vivir que sí son valiosas y exige su aceptación a los miembros de la comunidad política, incluso con el apoyo de la coacción estatal. Corresponde a un Estado perfeccionista, un Estado que exige a sus ciudadanos el ejercicio de un determinado credo religioso o la abstención de ciertos comportamientos o estilos de vida como beber alcohol o la homosexualidad. Este tipo de exigencias que suponen la determinación de lo bueno independientemente del sujeto, se opone al principio liberal de autonomía personal que implica la libre elección del individuo de sus propios planes de vida e ideales de excelencia.

El perfeccionismo, en efecto, se contrasta con el liberalismo clásico que concibe a la libertad humana como el máximo valor moral y demanda del Estado su neutralidad en la selección de las preferencias individuales. El liberalismo, como es consabido, concibe valioso que las personas puedan controlar el curso de sus propias vidas mediante la elección consciente e informada acerca de qué es lo bueno para cada uno de ellos, decisiones en las que el Estado no debe participar más que para garantizar su posibilidad de elección y materialización del contenido de su decisión, siempre y cuando no interfiera en la autonomía de otras personas.

Pero, el perfeccionismo debe ser distinguido de otro tipo de interferencia en la autonomía personal conocida como paternalismo estatal. La -libre elección- del liberalismo no excluye que el Estado pueda imponer medidas paternalistas a los individuos, pero esta a diferencia del perfeccionismo que impone una forma de vida, solo exige comportamientos dirigidos a potenciar las capacidades para que los sujetos puedan elegir y ejecutar satisfactoriamente sus decisiones y preferencias individuales. Puede ser que perfeccionismo y paternalismo coincidan respecto de la forma (injerencia en la vida personal), pero difieren sustancialmente acerca del propósito. En el primero, la intervención es para que el sujeto no decida cómo vivir; en el segundo, la intervención es para que el sujeto elija y emprenda mejor, según su parecer, cómo vivir. Un ejemplo de paternalismo estatal es la obligación de los niños y jóvenes de acudir a la escuela para su educación básica o la obligación de las personas a vacunarse para combatir las enfermedades que disminuyan su calidad de vida.

Bibliografía consultada

- **COLOMER, Luis José.** "Autonomía y gobierno: Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*. N° 24, 2001.
- **NINO, Carlos Santiago.** *Ética y derechos humanos*. Segunda edición. Astrea, Buenos Aires, 2007.

PODER

En otros tiempos seguramente se hubiera podido afirmar que el poder proviene de la naturaleza o de Dios, sin embargo,

hoy solo se puede afirmar que el poder que un hombre ejerce sobre otro hombre proviene de los propios hombres, pues si hablamos de las estructuras o los mecanismos del poder, es solo en tanto suponemos que ciertas personas ejercen el poder sobre otros, y puesto que el poder existe solamente cuando es puesto en acción, no excluye el uso de la violencia como tampoco la obtención del consentimiento.

El "poder" en términos generales puede ser definido como "la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad" (Max Weber). Sin embargo, lo que fundamentalmente queremos destacar aquí es el *poder político*, y en tal sentido podemos definir el "poder" como "una energía de la voluntad que se manifiesta en quienes asumen la empresa del gobierno de un grupo humano y que les permite imponerse gracias al doble ascendiente de la fuerza y de la competencia. Cuando no está sostenido más que por la fuerza, tiene el carácter de poder de hecho, y se convierte en poder de derecho por el consentimiento de los gobernados" (André Hauriou).

La primacía de la política que distingue al pensamiento político moderno, desde Maquiavelo, se contrapone a la primacía del poder espiritual, que distingue a la época medieval de las grandes controversias entre el Estado y la Iglesia. A partir de Bodino se sitúa a la producción normativa como primera función del poder, que se denomina soberano (se entiende por soberano al poder que no reconoce superior y que es excluyente, como "poder absoluto y perpetuo de

una república”). Frente a este modelo, el medieval estaba representado por un pluralismo de poderes —poliarquía— entre la iglesia, el imperio, los señores feudales, las corporaciones, o la naciente burguesía de las ciudades, y el derecho, consecuencia de esa situación, está igualmente dividido con un pluralismo de fuentes. Al no existir monopolio en el uso de la fuerza legítima no hay un referente unitario que permita construir una idea sistemática del Derecho, ni atribuir al poder una función central en su génesis (Peces-Barba).

No se puede negar de inicio que quien detenta los instrumentos materiales del poder está considerado como investido del derecho de mandar, pero para sostener la legitimidad de ese derecho no basta el hecho de poseer los instrumentos del poder; es necesario haberlos adquirido observando ciertas reglas y principios. Son, pues, los principios de legitimidad los que tienen la función de transformar una relación de fuerza en una relación de Derecho. El poder legítimo se distingue del poder de hecho en cuanto es un poder regulado por normas o en cuanto es un poder que cuenta con consentimiento. En términos de legitimación, Gaetano Mosca reconocía exclusivamente dos fórmulas políticas, la que hace derivar el poder de la *autoridad de Dios* y la que lo hace derivar de la *autoridad del pueblo* (fundamentos filosóficos del poder).

Con el advenimiento del positivismo jurídico el problema de la legitimidad cambia completamente y se abre paso la tesis de que solo el poder efectivo es legítimo. Entonces, el tema toma otra orientación, y no es ya de los criterios axiológicos, sino de las razones de la

eficacia, de la que deriva la legitimidad. Bajo esta orientación se presenta la famosa teoría weberiana de las tres formas de poder legítimo. Weber no se planteó el problema de enlistar las diversas maneras con las cuales toda clase política ha buscado en todo tiempo justificar su poder, sino de ubicar y describir las formas históricas de poder legítimo. Los tres tipos puros o ideales de poder legítimo son, de acuerdo con Weber, el *poder tradicional*, el *poder legal-racional* y el *poder carismático*. Describiendo estos tres tipos de poder legítimo Weber no pretende presentar fórmulas políticas en el sentido mosquiano de la palabra, sino intenta comprender cuáles son las diferentes razones por las que se forma en una determinada sociedad esa relación estable y continua de mandato-obediencia que distingue al poder político. Estos tres tipos de poder representan tres tipos diferentes de motivación: en el *poder tradicional* el motivo de la obediencia (o lo que es lo mismo, la razón por la que el mandato tiene éxito) es la creencia en la sacralidad de la persona del soberano, sacralidad que deriva de la fuerza de lo que dura, de lo que siempre ha sido y, en cuanto siempre ha sido, no hay razón para cambiarlo; en el *poder racional*, el motivo de la obediencia deriva de la creencia en la racionalidad del comportamiento conforme a las leyes, esto es, a normas generales y abstractas que instituyen una relación impersonal entre gobernante y gobernados; finalmente, en el *poder carismático*, el motivo de la obediencia es la creencia en las dotes extraordinarias del jefe (Weber). En otras palabras: con la teoría de los tres tipos de poder legítimo Weber quiso mostrar cuáles han sido hasta ahora en la historia los fundamentos reales, no los

presuntos o declarados, del poder político. (Bobbio).

Bibliografía consultada

- **BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo.** *Origen y Fundamentos del Poder Político.* Grijalbo, México, 1984.
- **FOUCAULT, Michel.** *El Sujeto y el Poder.* Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, edición electrónica: <www.philosophia.cl>.
- **WEBER, Max.** *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología contemporánea.* Tomo I, segunda edición en español, de la cuarta en alemán, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1974.

PODER CONSTITUIDO

Conforme a la teoría del poder constituyente, en el punto que culmina el ciclo vital del poder constituyente nace propiamente el poder constituido. Efectivamente, habiéndose identificado al poder constituyente como poder soberano con facultades absolutas y extraordinarias para organizar a la sociedad a través de una Constitución; el poder constituido es producto de su creación. Más precisamente, cuando el poder constituido entra en funciones en virtud de lo establecido en la nueva Carta Magna, el poder constituyente debe finalizar las suyas.

La doctrina ha identificado de forma didáctica al Parlamento o Congreso de la República, es decir, al Poder Legislativo, como el poder constituido por excelencia. Esto, debido a que si se identifica a la Asamblea Constituyente como el poder constituyente, es lógico que una vez instalado el nuevo ordenamiento sea el Parlamento en quien recaiga principalmente las funciones de legislación y representación, competencias ordinarias

asignadas al poder constituido. En consecuencia, el poder constituido deriva del poder constituyente y se encuentra limitado por el marco jurídico que este último haya configurado previamente.

Cabe mencionar que se trata, en realidad, de un conjunto de poderes constituidos y no de uno solo. Esto porque sus competencias comprenden cualquier labor que recaigan en manos del gobierno ordinario, en cualquiera de tus tres clásicas funciones (legislativa, ejecutiva y judicial), así como en cualquier atribución adicional que el aparato estatal contemporáneo contemple.

En ese orden de ideas, el poder constituido o el conjunto de ellos son resultado de la estructuración del ordenamiento jurídico-político de la sociedad diseñada por el poder constituyente. Por lo tanto, le corresponde cualquier competencia legal establecida por la Constitución, e inclusive la reforma parcial de la propia Constitución. Cabe, pues, distinguir sus funciones de la del poder constituyente, a quien no le corresponde dichas labores por ser quien organiza, limita y regula la acción misma de los poderes constituidos aludidos.

Pese a lo mencionado, el problema radica en que una vez establecido positivamente los poderes constituidos y configurada la Constitución como ley suprema, surge la tentación de que el poder constituyente asuma funciones legislativas ordinarias así como la preocupación de que los poderes constituidos quieran extralimitarse y desempeñar competencias soberanas. Según De Vega, este es un defecto intrínseco al mismo sistema de democracia representativa y es insalvable sino es bien conducido por la propia práctica política. Ello es así porque el pueblo

renuncia a ejercer directamente la soberanía, encomendándosela a una Asamblea, quien será la que establezca los poderes constituidos, que más tarde serán aquellos que gobiernen por delegación. Sin embargo, queda claro que difícilmente se podrá hacer siempre una separación tajante entre poder constituyente y poder constituido, más aún cuando es el mismo órgano legislativo ordinario el que en alguna ocasión cumplió la figura de Asamblea Constituyente.

Bibliografía consultada

- **DE VEGA, Pedro.** *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.* Tecnos, Madrid, 1999.
 - **FERRERO REBAGLIATI, Raúl.** *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional.* Octava edición, Grijley, Lima, 2003.
- ▶ **Voz relacionada:** Poder constituyente.

PODER CONSTITUYENTE

La categoría poder constituyente hace alusión a una de las tesis de mayor adaptación en las teorías contemporáneas sobre la naturaleza y origen de la Constitución. La teoría del poder constituyente surge ante el descrédito de las teorías tradicionales sobre la Constitución, que la entendían como mera norma positiva y que no terminan de explorar la compleja relación existente entre Derecho y política, fundamento mismo de la estructura jurídica y su funcionamiento. La noción de poder constituyente hace abstracción acerca del origen de la Constitución y distingue en la voluntad o decisión política la génesis de su determinación.

El poder constituyente es el proceso fundacional u original que celebra la comunidad política para darse a sí misma una organización jurídica, teniendo a la Constitución como base. De esta forma, el poder constituyente como facultad que sostiene la estructura constitucional del Estado es Derecho natural puro y es preexistente al Derecho positivo. Esta tesis hace patente la existencia de una entidad colectiva (poder constituyente) que tiene la capacidad de elaborar un régimen de forma autónoma al Derecho positivo, y únicamente cuando se da una Carta Magna pasa a ser regido por la norma, sin olvidar que, con el tiempo, el poder constituyente puede volver a instalarse y convocar a una nueva Constitución. Así, esta dinámica es fundacional y continuada a la vez.

El primero en concebir sistemáticamente este poder constituyente fue Emmanuel Sieyès, quien planteó una doctrina del poder constituyente que tenía en la figura de la Asamblea Constituyente, a la entidad que concentraba de forma exclusiva los atributos mencionados para la revisión del texto constitucional. Según su doctrina, el poder original del ente es ilimitado, mientras que en la etapa de positivización y ordenación constitucional esta es parcial y se limita a dar enmiendas o reformas. Posteriormente, diversos teóricos aclararán dicha postura señalando que el poder constituyente no es poder constituido, es decir, las reformas parciales de la Constitución y otras modificaciones del sistema jurídico general no son una atribución del poder constituyente, a diferencia de la función que le compete a los órganos establecidos por él, pues hay que recordar que los precede. Por ello, en virtud

de la teoría del poder constituyente se distingue entre formas de producción del Derecho, planteándose dos niveles: originario y derivado.

Así, desde el momento en que por un lado se admite como único supuesto legitimador del Estado el principio democrático de la soberanía popular y, por otro lado, se considera que la única forma viable de organizar la comunidad política es a través de la democracia representativa, se sientan las bases para el surgimiento del poder constituyente. En consecuencia, cabe resaltar tres características que lo definen: a) es un poder soberano con facultades absolutas y totales; b) su titularidad reside en el pueblo como ente soberano; y, c) una vez que forja a la Constitución, tiene que desaparecer.

Resulta claro por qué la teoría del poder constituyente tiene bastante repercusión. Es una tesis que permite identificar los límites fronterizos entre política y Derecho, además de poner al descubierto las limitaciones que tiene el Derecho para su validez y efectividad en momentos de renovación o cambios políticos, así como en situaciones extremas, producto de coyunturas complicadas. A su vez, el sustento de legitimidad social que busca darle a la Constitución, permite que su doctrina goce hoy de amplia aceptación.

Bibliografía consultada

- **DE VEGA, Pedro.** *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.* Tecnos, Madrid, 1999.
- **FERRERO REBAGLIATI, Raúl.** *Ciencia Política, Teoría del Estado y Derecho Constitucional.* Octava edición, Grijley, Lima, 2003.
- ▶ **Voz relacionada:** *Poder constituido.*

PODER EJECUTIVO

Es un órgano constituido encargado de la administración y dirección política, interna y exterior, del Estado constitucional. En la praxis ejerce un liderazgo político, en la medida en que sus responsabilidades son de despacho diario y ocupan un gran espacio de incumbencia, tanto que son identificadas como la exteriorización más real y tangible de la presencia del Estado.

El Poder Ejecutivo reside en el Presidente de la República, es decir, es un poder unipersonal, según el artículo 110 de la Constitución. El Presidente lleva a cabo sus funciones con la cooperación de los ministros que, reunidos, forman el Consejo de Ministros. Los ministros, según la cartera, o el Consejo de Ministros en su totalidad refrendan los actos del Presidente, caso contrario, son sancionados con nulidad en virtud de lo establecido en el artículo 120 de la Constitución.

El Presidente de la República es el jefe de Estado y jefe de gobierno. La duración de su cargo es de cinco años y no puede reelegirse inmediatamente. Las responsabilidades del Presidente están reguladas en el artículo 118 de la Constitución; pero, en líneas generales, y con la colaboración del Consejo de Ministros, pueden manifestarse básicamente en dos ámbitos. En el ámbito de la actividad política y en el ámbito de la actividad administrativa.

En el *ámbito de la actividad política*, el poder ejecutivo diseña, dirige, implementa y supervisa la política nacional y sectorial del Estado. La política nacional fija los objetivos y los lineamientos prioritarios de la nación que darán contenido a todas las políticas públicas. Esta política

es de responsabilidad del Gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. La política nacional es la política general del gobierno. La política sectorial, asimismo, es la puntualización de las políticas nacionales, pero con incidencia positiva en una determinada rama de actividad social o económica.

En el ámbito de la actividad administrativa, el Poder Ejecutivo dirige y controla los servicios públicos a través de la actividad funcional de los diferentes ministerios: de educación, trabajo, orden interno, justicia, medio ambiente, etc. En este ámbito se concretizarán la política nacional y sectorial.

Bibliografía consultada

- **PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional*. Décima edición, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005.

PODER JUDICIAL

Es la función del Estado Constitucional que consiste en dirimir los conflictos surgidos entre los particulares y de estos con el Estado por violaciones de las leyes o los mandatos constitucionales. Según, el artículo 138 de la Constitución, su titular es el órgano Poder Judicial.

El Poder Judicial, a diferencia del Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, es el más independiente y menos político de todos. La justificación es porque posee la esencialísima tarea de determinar, de manera imparcial y sin injerencias, quién tiene la razón jurídica definitiva en la sociedad. Modernamente, el Poder Judicial viene cobrando un papel importante en el quehacer de los Estados constitucionales, dejando de

lado la vieja tradición de los jueces “nulos” y simples aplicadores de la ley, para convertirse en garantes más activos de la Constitución y los derechos fundamentales; labor que, generalmente, se ha concentrado frente al legislador en un contexto de activismo judicial.

El Poder Judicial peruano se encuentra estructurado en forma jerarquizada por la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Justicia, los Juzgados Especializados o Mixtos, los Juzgados de Paz Letrados y los Juzgados de Paz; y se rige por los siguientes principios constitucionales:

- *Principio de exclusividad.* Este principio es una manifestación de la soberanía estatal y consiste en que la función de administrar justicia le pertenece única y exclusivamente al Estado. El Estado a través de sus jueces y tribunales reunidos en el Poder Judicial tienen el monopolio de la resolución de los conflictos que surjan en el seno de la interacción social; tanto para declarar el derecho correcto como para ejecutar lo regularmente decidido: “Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Este principio se encuentra recogido en el artículo 139.1 de la Constitución.
- *Principio de unidad.* Es una concreción del principio de exclusividad y está referida a la organización y funcionamiento de la potestad jurisdiccional. Este principio debe ser entendido desde un punto de vista organizativo y supone que la jurisdicción debe estar concentrada en un único cuerpo de jueces y tribunales. Esto quiere decir, que estén sometidos a un único régimen jurídico. No se permiten tribunales ad hoc, de excepción, fueros

especiales o de privilegios o juzgados con estatutos propios.

A pesar de que este principio se encuentra reconocido en el artículo 139.1 de la Constitución, la Norma Fundamental ha admitido la existencia de otros órganos distintos del Poder Judicial que también se les ha otorgado el ejercicio de la potestad de administrar justicia, aunque en materias especializadas. Tenemos: El Tribunal Constitucional (artículo 202), el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 178.4), la jurisdicción militar y arbitral (artículo 139.1), y la justicia comunal (artículo 149).

- *Principio de independencia.* Este principio está consagrado en el artículo 139.2 de la Constitución y en virtud de él, los jueces y los magistrados son autónomos para declarar el derecho y ejecutar las decisiones judiciales sin ninguna influencia. No se permiten coacciones ni instrucciones de ningún tipo, sea del interior del propio Poder Judicial como del exterior. Solo se sujetan a lo estrictamente exigido por la Constitución y la ley. Este principio es el correlato del derecho de las personas a que sus conflictos sean resueltos únicamente con las razones del Derecho. El Tribunal Constitucional lo define como “albedrío funcional” (STC Exp. N° 0023-2003-AI, fundamento jurídico 28).
- *Garantía de inamovilidad de los jueces.* Está prevista en el artículo 146.2 de la Constitución y es el estatus jurídico del juez que facilita su independencia en el ejercicio de sus funciones. La inamovilidad es la estabilidad en el cargo e implica la prohibición de separación de la carrera judicial.

Aunque ello no descarta la separación en virtud de un debido proceso disciplinario o no ratificatorio por el Consejo Nacional de la Magistratura.

- *Principio de imparcialidad.* Está vinculado con la “recusación” y la “abstención”. Se exige que los jueces no tengan ningún compromiso con las partes del proceso (imparcialidad subjetiva) ni relación con la cuestión que se juzga (imparcialidad objetiva). Supone la carencia de interés personal en el resultado de lo que se discute. En ese sentido, la imparcialidad crea la obligación de los jueces de abstenerse y el derecho de los justiciables a revocar al juez parcial cuando exista una razón legítima. Si la independencia es una cualidad respecto de las influencias extrañas provenientes, en general, del sistema social; la imparcialidad, en cambio, es la independencia, pero respecto del proceso y las partes.

Bibliografía consultada

- **PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional.* Décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

PODER LEGISLATIVO

Es la función más importante de la estructura del Estado Constitucional. Su ejercicio se manifiesta a través de la ley que es la expresión de la voluntad soberana del Estado y que regula todos los ámbitos de la sociedad. Esta regulación, por supuesto, está limitada por los principios y valores que la Constitución consagra; por ello, en tanto la función legislativa está al servicio del Estado Constitucional, esta debe ser, antes que

nada, actuación de la Constitución, o sea, fuente primaria de interpretación constitucional.

Según la Constitución, artículo 90, su titular es el Congreso de la República que es un órgano legitimado democráticamente, y que está constituido de una cámara única. Es la cuarta constitución unicameral (Constitución de 1812, 1823 y 1867), después de una larga tradición de bicameralismo. Está integrada desde el 28 de julio de 2011 por ciento treinta congresistas, en virtud de la reciente Ley N° 29042, Ley de Reforma Constitucional del artículo 90 de la Constitución.

- *Función legislativa.* La función principal del Congreso, por definición, es aprobar y derogar las leyes de la República en diversas materias; las cuales son adoptadas luego de un proceso deliberativo acerca de la mejor política. El proceso de formación de leyes se inicia con: a) la propuesta parlamentaria; b) el debate y la aprobación; c) la promulgación y, finalmente, d) la publicación en el Diario Oficial *El Peruano*. Esta función de legislación debe respetar el principio de supremacía de la Constitución y de respeto a los derechos fundamentales; caso contrario, se activará la jurisdicción constitucional para restablecer el orden jurídico.
- *Función de legitimación política.* Además de la función de dictar leyes, el Congreso de la República tiene la responsabilidad de nombrar y remover de sus cargos a los más altos funcionarios del Estado. Así, conforme al artículo 101 de la Constitución, el ente parlamentario designa al Contralor General, al Presidente del BCR

y al presidente de la SBS; asimismo, al defensor del pueblo (artículo 161 de la Constitución) y a los siete miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

- *Función de control político.* Es una función de tensión sobre las decisiones adoptadas en la conducción política y administrativa del Estado Constitucional, en particular, del Poder Ejecutivo. El ente parlamentario vigila, examina y censura a los funcionarios públicos por su conducta disconforme con la Constitución. El contrapeso parlamentario se realiza a través de diferentes actividades contraloras: La “dación de cuenta” (artículos 57, 118, 135, 137 y 159 de la Constitución), la “estación de preguntas” (artículo 129 de la Constitución), la “moción de interpelación” (artículo 131 de la Constitución), “moción de censura” (artículo 132 de la Constitución), las “comisiones de investigación” (artículo 97 de la Constitución), la “acusación constitucional” (artículo 99 de la Constitución).

Bibliografía consultada

- **GARCÍA TOMA, Víctor.** *Legislativo y Ejecutivo en el Perú.* Jurista, Lima, 2006.
- **PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional.* Décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

PONDERACIÓN

■ Concepto

El concepto de ponderación, en su versión más intuitiva, hace referencia a la acción de sopesar dos magnitudes, a fin de obtener un resultado de equilibrio entre ellas. Se ha resaltado por ello, en lo que a la ponderación de derechos se refiere, que ponderar

equivale a tomar una balanza con dos platos, situar los derechos en un lado y sus posibles límites en el otro, y a continuación añadir y quitar de uno y otro plato hasta que alcancen un equilibrio aceptable.

Partiendo de esta versión básica, el concepto de ponderación ha sido desarrollado por la teoría general del Derecho, por su gran utilidad para resolver un tipo especial de conflictos normativos o antinomias, a saber, aquellas que enfrentan una categoría especial de normas jurídicas: los principios jurídicos. Ello ocurre cuando es preciso evaluar si una determinada medida que interviene o limita el contenido de un derecho fundamental –que llamaremos “intervención”– es legítima o ilegítima, ya que normalmente dicha restricción tiene por finalidad proteger o realizar otro derecho o bien constitucionalmente protegido.

Es decir, que la ponderación aparece como el método adecuado para resolver este tipo de situaciones, toda vez que nos permite comparar los principios en conflicto, y establecer mediante pautas racionales cuál de estos principios debe prevalecer en cada caso concreto, por tener un “peso” mayor en la decisión; y cuál otro deberá ser desplazado en dicha ocasión, por tener un “peso” menor. Ello significa que la ponderación supone “determinar el peso específico” que cada uno de los bienes tiene en determinado caso concreto, partiendo siempre de reconocer que en el plano abstracto, todos son iguales y equivalentes entre sí, sin que pueda establecerse entre ellos ninguna

relación de preferencia absoluta o constante.

Esta decisión sobre cuál es el principio que debe prevalecer sobre el otro, no será arbitraria, pues la ponderación permite establecer objetivamente, si la conciliación de los derechos y bienes constitucionales es correcta, es decir, si ninguno de los bienes involucrados ha sido sacrificado injustificadamente en beneficio del aquel con el que colisiona, para lo cual deben tenerse en consideración no solo las circunstancias fácticas, sino las posibilidades jurídicas de cada caso. De esta manera, es posible establecer una relación de precedencia entre los bienes constitucionales en conflicto, que si bien se ha originado en circunstancias concretas, puede ser utilizada cuando la colisión se reproduzca nuevamente en condiciones similares.

Ello no significa que la ponderación conduzca al establecimiento de un orden jerárquico abstracto entre los derechos fundamentales entre sí, y respecto de los demás bienes constitucionalmente protegidos, sino por el contrario, solo permite obtener un “orden de prevalencia condicionada” o una “jerarquía móvil” de dichos principios, pues la técnica de la ponderación nos brinda soluciones aplicables a los supuestos concretos en que se suscitó el conflicto, siendo necesario ponderar nuevamente los principios enfrentados, al variar las circunstancias concretas.

■ Intensidad de la intervención

Para la aplicación del método de la ponderación, es preciso asignar

previamente un determinado “peso” a los bienes jurídicos en conflicto, vale decir, tanto al derecho fundamental que está siendo afectado, limitado, o “intervenido”, como a los bienes constitucionalmente protegidos que se pretende satisfacer o realizar con la medida interventora (que también podrían ser otros derechos fundamentales). Cabe advertir que es posible encontrar medidas que afecten a más de dos derechos o bienes jurídicos, en cuyo caso debe asignarse a todos ellos un “peso” que refleje la intensidad en que aparecen afectados.

En ese sentido, la “intensidad en la intervención” sería aquella variable que refleja el *grado* de afectación que una medida específica ocasiona en un determinado derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido. A grandes rasgos, dicha intensidad puede ser catalogada como *leve, media o grave*, aunque teóricamente sería posible imaginar otras escalas alternativas que permitan clasificar tales afectaciones de forma más precisa. Con todo, esta asignación de intensidades es necesaria para efectuar la comparación de estos valores, a través de la llamada “ley de la ponderación”.

■ Ley de la ponderación

Hay quienes identifican el método de la ponderación, con el último juicio del principio de proporcionalidad, vale decir, con la proporcionalidad *stricto sensu*, la cual exige que las ventajas derivadas a favor de la protección de un fin, compensen los perjuicios causados con la medida

protectora. Específicamente, se le identifica con la segunda de sus fases, donde luego de asignar un determinado “peso” o “magnitud” a cada uno de los bienes jurídicos en conflicto, se realiza una comparación entre estos, para establecer cuál debe prevalecer de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, y cuál debe quedar desplazado, obteniendo como resultado una relación de equilibrio, la que puede ser verificada en aquellas medidas en las cuales, luego de comparar el “peso” de los bienes constitucionales en conflicto, la satisfacción o realización del fin que justifica la medida limitativa que se está evaluando, tiene un peso equivalente o mayor que la restricción del derecho fundamental, estableciéndose una relación de precedencia a favor del primero.

Este criterio argumentativo fue denominado por Robert Alexy como la “ley de la ponderación” y se formularía del modo siguiente: “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Ahora bien, si pudiésemos simplificar la asignación de un determinado “peso” a los bienes constitucionales involucrados, según la intensidad en que son afectados con la medida interventora, de acuerdo a una escala tríadica de *leve-medio-intenso*, la aplicación de la ley de la ponderación nos permitiría afirmar lo siguiente:

- i) Una satisfacción *leve* de un bien jurídico, no puede justificar ni una restricción *media* ni mucho menos, una restricción *intensa* en el contenido de otro.

- ii) Del mismo modo, una satisfacción *media* de un bien jurídico, no puede justificar una restricción *intensa* en el contenido de otro, pero sí una restricción *leve* del mismo.
- iii) Finalmente, la satisfacción *intensa* de un bien jurídico, sí puede justificar tanto una restricción *leve* en el contenido de otro, como una restricción *media* del mismo.

Finalmente, no se puede desconocer la dificultad que indudablemente se presenta para calificar una restricción o la satisfacción de un principio como *leve*, *media* o *intensa*, pues la diversidad de las circunstancias fácticas de cada conflicto particular determinan que exista una infinidad de grados intermedios; sin embargo, ello no le resta utilidad para orientar la ponderación, sin perjuicio de que pueda resultar útil para resolver aquellos casos en que se pueda calificar la restricción o la satisfacción en alguno de los tres grados de la escala utilizada.

Bibliografía consultada

- ALEXY, Robert. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". Traducción de Carlos Bernal Pulido. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N° 66, setiembre-diciembre, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUNÍZ, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2000.

POSICIÓN ORIGINAL

Frente a teorías contractualistas, de corte realista y no hipotéticas o idealizadas (como las de Hobbes y Gauthier) que creen que los acuerdos sociales con el objeto de lograr la convivencia pacífica deben entenderse como acuerdos entre personas reales, Rawls plantea la perspectiva de que estos acuerdos (contrato social) deben tener un carácter idealizado o hipotético, pues de esa forma se impide que el acuerdo se vea definido por quienes en la realidad tienen más poder social que otros. La idea de diseñar un contrato social para la estructura básica de la sociedad, que sea hipotético y no real, se desprende de la necesidad de que dicho acuerdo sea justo y equitativo, desde un punto de vista moral, esto es que trate, en los términos de Kant, a las personas como "fines en sí mismos" (con igual consideración y respeto).

Con el objeto de construir dicho contrato social básico, Rawls recurre a la idea de una "posición original" en la que sitúa a todas las personas que buscan formar una sociedad justa y bien ordenada. Esta posición resulta detallada y complejamente elaborada, de modo tal que pueda producir principios de justicia básicos que incorporen el punto de vista moral y que sean aceptados por todos los participantes. En primer lugar, las personas situadas en dicha posición son conscientes de la necesidad de llegar a un acuerdo, pues conocen de sus limitaciones y vulnerabilidad y de su relativa igualdad física, lo que los lleva a la cooperación (estas son las "circunstancias de la justicia" de David Hume). En segundo lugar, las personas se reconocen, además de moralmente libres, iguales e independientes, como personas

autointeresadas, esto es, en búsqueda del beneficio propio. Para dicho fin gozan de la facultad de la razón, entendida en términos de racionalidad económica, esto es, como una facultad para escoger los medios más efectivos para llegar a un fin, la capacidad para el ahorro de esfuerzo y energía, entre otras características de este tipo de racionalidad. En este punto, Rawls excluye como motivación válida de los participantes en la posición original la benevolencia lockeana o el altruismo, pues cree en la necesidad de formular acuerdos sobre premisas antropológicas débiles y no fuertes, de modo que el acuerdo pueda tener mayor aceptación y estabilidad.

Ubicadas las personas en esta posición original, como seres libres, iguales, independientes, autointeresados y racionales, la posibilidad de llegar a acuerdos “imparciales” de carácter general y universal (que reconozcan los intereses de todos) se sustenta en una metodología de toma de decisiones, que se compone de dos elementos: el “velo de ignorancia” y la regla maximin. De acuerdo al primero, los participantes del acuerdo desconocen su posición en la sociedad, su fortuna, sus dotes naturales, su inteligencia, su fuerza, su raza e incluso la generación a la que pertenecen; además, tampoco están informados de sus concepciones del bien ni de sus propensiones psicológicas negativas (como la envidia). Dicho desconocimiento les permite orientar su decisión sobre los principios básicos no con base en las particulares ventajas de cada quien, sino en principios que beneficiarían a todos y que todos requerirían, sea que se encuentren en una posición de ventaja o desventaja. Por la regla maximin, los participantes adoptan una decisión sobre los

principios básicos, ante un escenario de incertidumbre, guiados por un principio de prudencia, que implica escoger, entre una diversidad de opciones, aquella que posea las menores desventajas, que implique los menores riesgos.

Finalmente, los principios son elegidos por la motivación de las personas de afirmar sus propios planes de vida, para lo cual es preciso que persigan un conjunto de bienes básicos que les permitan alcanzar dichos planes personalmente proyectados. Dichos bienes son los conocidos como “bienes primarios”, dentro de los cuales se incluyen las libertades básicas (derechos civiles y políticos), la libertad de ocupación y de oportunidades, la libertad de acceso a los cargos públicos, los ingresos y la riqueza y las bases sociales del respeto a uno mismo. Dichos bienes permiten afirmar una métrica objetiva del bienestar, distinta de la postura subjetiva del bienestarismo que se fija en las preferencias y no en bienes objetivos. Con estas motivaciones, los principios de justicia rawlsianos, escogidos en la posición original, se enuncian del siguiente modo: i) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás (principio que es lexicográficamente anterior y prioritario sobre el segundo); y ii) Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (principio de la diferencia, que exige que las desigualdades, una vez respetado el primer principio, son posibles solo si mejoran las expectativas de los menos aventajados de la sociedad).

■ Bibliografía consultada

- **RAWLS, John.** *Teoría de la Justicia*. Segunda edición, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003.

POSITIVISMO JURÍDICO

Es una vertiente del pensamiento jurídico vigente en nuestros días que fue desarrollada en contraste con el iusnaturalismo a partir de la segunda mitad del siglo XIX y que postula que el Derecho es un hecho social y que puede ser reconocido independientemente de exigencias morales.

■ Tesis básicas del ~

Pueden identificarse dos tesis básicas o mínimas común a todos los discursos iuspositivistas: a) La “tesis de las fuentes sociales” o, simplemente, tesis social, y b) la “tesis de la separación conceptual” o de no conexión identificatoria. Según la tesis a), la existencia y el contenido del Derecho depende únicamente del acaecimiento de un fenómeno social, o sea, de la práctica o de la obra del comportamiento humano (por ejemplos una ley, una sentencia o la costumbre). Se niega la existencia de normas divinas o naturales por encima de los hechos estrictamente humanos. La tesis b), que “necesariamente” presupone la tesis a), sostiene que el Derecho y la moral son dos formas de normativa social distintas e independientes (separación conceptual), no se identifican; de modo que, lo que el derecho “es” puede ser identificado por cualquier espectador imparcial sin necesidad de recurrir a criterios de

índole moral. Por ello, para la tesis b), el Derecho es “moralmente falible”, pues se aceptan los casos del derecho injusto, pero se sostiene que dicho demérito no le resta en absoluto juridicidad.

Una postura derivativa de la tesis b), también común a los iuspositivistas, es la denominada “tesis epistémica de la neutralidad” y que consiste en afirmar que la única forma de ser objetivo en el estudio del Derecho es a través del método descriptivo, es decir, que las proposiciones acerca del Derecho deberán ser verdaderas o falsas. En ningún caso, el jurista debe prescribir lo que el Derecho “debe ser”, dado que ello implica realizar juicios de valor, sino que únicamente lo debe describir de modo valorativamente neutral tal cual es (justo o injusto).

Existen otras tesis que comúnmente se han atribuido al positivismo jurídico como parte de su núcleo definicional, pero que en realidad son rechazadas incluso por los propios positivistas o, en su caso, han sido adoptadas como tesis totalmente independientes. El profesor Norbert Hoerster enumera algunas de estas tesis separables. La *tesis de la ley* que señala que el Derecho está definido entorno al concepto de la ley. La *tesis de la subsunción*, según la cual el Derecho puede ser aplicado por medios exclusivamente lógicos, libre de valoraciones. Y la *tesis del legalismo* que sostiene que el Derecho debe ser obedecido en todas las circunstancias (per se). Respecto de la primera de las tesis, la *tesis de la ley*, advierte

Hoerster, es una postura que difícilmente pueda ser sostenido por alguien razonable, dado que además de la ley también se reconoce la existencia de otras fuentes (por ejemplos el derecho consuetudinario o el derecho judicial). Igualmente, la segunda de las tesis, que concibe al aplicador jurídico como un autómata de la subsunción, ha sido refutada, aparte que no hay autor positivista importante hoy que la defienda. La tercera de las tesis, el *legalismo*, es un argumento que, según Hoerster, ha sido adjudicado injustamente a los positivistas, pues para la mayoría de ellos no existe un correlato entre obligación jurídica y obligación moral, son conceptos distintos; por ejemplo, la existencia de leyes racistas, no obsta para que en virtud de su contenido sean censuradas y no obligatorias desde el punto vista moral.

~ en Hans Kelsen, Alf Ross y Herbert L. A. Hart

Una de las versiones más representativas del positivismo jurídico con gran influencia en Europa continental es la expresada en la *Reine Rechtslehre* (Teoría Pura del Derecho, 1934; 1960) de Hans Kelsen. El profesor austriaco, comprometido con el neokantismo, emprendió la construcción de una teoría conceptual del Derecho denominada por él como "pura", en razón a que el principio fundamental de su método era suprimir de la ciencia jurídica todos los elementos que le sean extraños (morales, políticos y sociológicos). En este enfoque metodológico, Kelsen construyó sus demás conceptos,

empezando por delimitar el objeto de estudio de la ciencia jurídica que, en su planteamiento, abarcaba únicamente las normas positivas conformantes del ordenamiento jurídico. La "pureza" también alcanza a su noción de validez jurídica, desarrollada en términos estrictamente lógicos y depurados, sin referencia alguna a criterios extrajurídicos. La validez jurídica en Kelsen se ubicaba en la presuposición de otras normas positivas de rango superior; y así sucesivamente hasta la norma fundamental (*Grundnorm*) que dotaba de validez a todo el sistema de fuentes y cuya existencia estaba "presupuesta en el pensamiento".

El danés Alf Ross también es otro autor positivista cuya teoría estuvo circunscrita al movimiento del realismo jurídico (escandinavo). Ross se propone en su obra *On Law and Justice* (*Sobre el Derecho y la Justicia*, 1959) una concepción del Derecho no solo descriptiva como en Kelsen, sino además empírica conforme a las recetas del neopositivismo lógico de su época (Círculo de Viena); intentando trasladar los patrones de la observación y la experimentación al campo del Derecho.

La teoría de Herbert H. L. Hart es otro de los enfoques de los más relevantes para el positivismo jurídico contemporáneo. Hart se adscribe a la filosofía analítica inglesa para explicar los problemas del Derecho y es el punto de partida del debate iusfilosófico actual. En *The Concept of Law* (*El Concepto del Derecho*, 1961), Hart elabora una teoría descriptiva acerca de la estructura y el funcionamiento

de los sistemas jurídicos; y postula que para dar cuenta de ellos es necesario articular los conceptos de “reglas primarias” que guían la conducta efectiva de los hombres y de “reglas secundarias” que regulan la identificación, creación, modificación, derogación y aplicación de las reglas primarias. La explicación del Derecho de Hart es una aproximación centrada en convenciones sociales y da cuenta no solo de la regularidad externa de las conductas (punto de vista externo), sino que además se preocupa por describir la actitud interna de los individuos y funcionarios respecto de las reglas jurídicas (punto de vista interno), conocida como la “aceptación”.

■ Críticas de Ronald Dworkin al ~

Como natural del lenguaje humano, Hart había planteado que el lenguaje jurídico presenta “casos fáciles” y “casos difíciles” de interpretación. La cuestión es que, mientras en los “casos fáciles”, la regla jurídica presenta un núcleo de significado no problemático debido a que existe un relativo consenso por parte de los intérpretes acerca de la conducta exigida por la regla; existen, sin embargo, algunos “casos difíciles” de aproximación en donde debido a la textura abierta de las reglas jurídicas sus significados presentan zonas de “penumbra” en el que concurren más de una interpretación razonable para su aplicación. En estos casos marginales de incertidumbre, según Hart, lo jueces operan como productores de reglas en el caso concreto, puesto que

tienen plena discrecionalidad para elegir la interpretación que consideren más adecuada.

Dworkin impugna en *Model of the Rules* (*El Modelo de la Normas*, 1967) esta tesis de que los jueces tengan una discrecionalidad en los casos de “penumbra”, la que considera incluso nociva para la democracia. La razón que esgrime es que el planteamiento de reglas de Hart no puede dar cuenta de los “principios” en el Derecho. Dworkin toma a modo de demostración los casos *Riggs vs. Palmer* y *Henningsen vs. Bloomfield Motors* resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y postula que los jueces consideran principios al momento de resolver y que estos principios no son meras guías de la discrecionalidad, sino que en realidad son parte integrante del Derecho. Para Dworkin, no es cierto que el Derecho esté conformado únicamente por reglas como plantea Hart, sino que está conformado, además de reglas, por “principios”. Y al ser los principios parte del Derecho, la moralidad se incorpora asimismo al Derecho; con lo cual, según Dworkin, refuta la tesis del positivismo jurídico de la separación conceptual de Derecho y moral.

Las críticas de Dworkin suscitaron un reacomodo en las tesis básicas del positivismo. Y para ello, se reinterpretó la teoría jurídica de Hart, fragmentándose el positivismo en dos vertientes, según la interpretación de la tesis de la fuente social: Los positivistas incluyentes y los positivistas excluyentes.

■ ~ **incluyente**

También denominado positivismo jurídico blando (*Soft Legal Positivism*) o incorporacionismo. Esta vertiente admite algunas críticas de Ronald Dworkin, pero no abandona las tesis que ellos consideran fundamentales del positivismo. Los incluyentes plantean una tesis débil de las fuentes sociales y aunque suscriben que el Derecho es exclusivamente una práctica social y, por ello, siguen siendo partidarios de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, no obstante aceptan que en algunos sistemas jurídicos, vía convención social, se incorpore la evaluación moral como un criterio de identificación del Derecho válido. Pero, esta incorporación de la moral en el reconocimiento del Derecho “no es una condición necesaria”, sino que solo es contingente; o sea, depende del sistema jurídico. Es el caso, por ejemplo, de las constituciones que positivizan principios (morales) como el deber de respetar la dignidad humana, la igualdad, etc. Entre los principales profesores defensores del incorporacionismo tenemos a Jules Coleman, Wilfrid J. Waluchow, Matthew Kramer, Philip Soper y David Lyons.

■ ~ **excluyente**

O positivismo jurídico duro (*Hard Legal Positivism*), tradicional, estricto o sin calificativos. Esta es la vertiente natural del positivismo jurídico que defiende una tesis *fuerte* de las fuentes sociales y plantea que la identificación del Derecho válido en ningún caso depende de contenidos morales, no es una “condición necesaria”. Los excluyentes no niegan que las normas jurídicas puedan hacer referencias a

principios de moralidad, pero para ellos estas referencias constituyen en realidad solo remisiones a sistemas normativos diferentes del Derecho. Sería una situación similar a la “técnica del reenvío” del Derecho internacional privado, cuando una norma del derecho interno se remite a una norma de un sistema jurídico extranjero, y no por ello se afirma que ese derecho extranjero sea un derecho propio. Entre los seguidores de esta corriente tenemos a Joseph Raz, Andrei Marmor, Scott J. Shapiro y John Gardner.

■ **Bibliografía consultada**

- **HART, Herbert L. A.** *El concepto del Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- **HOERSTER, Norbert.** *En defensa del positivismo jurídico*. Traducción de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992.
- **PÉREZ LUÑO, Antonio E.** *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*. Cuarta edición, Palestra, Lima, 2005.

PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

Es la declaración solemne que precede a las normas de la constitución que se caracteriza por su alto contenido valorativo. El preámbulo constitucional sintetiza los valores, principios, motivaciones ideológicas últimas que inspira a un pueblo sancionar un texto fundamental y establece la esencia teleológica que gobernará en el tiempo a las instituciones políticas constituidas y al ordenamiento jurídico.

El preámbulo constitucional algunas veces es conciso como en la actual

Constitución de 1993 o extensa como en la Constitución de 1979 y su lenguaje es formulado comúnmente con palabras bellas y con expresiones elocuentes casi himnicos que resumen el espíritu de la Constitución. Se invoca al “pueblo” como fuente suprema del poder para normar la vida de la comunidad política; pero también se apela a virtudes humanas, hechos históricos, héroes, dioses, ideales, esperanzas, sentimientos, poderes esclarecidos, etc., como alegatos de autoridad. Nuestra constitución, así, se refiere a “Dios todo poderoso”, al “pueblo peruano” y al “sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra patria”.

Se resalta la importancia del preámbulo constitucional en la enseñanza del *telos* de la constitución. Dada su cualidad compendiosa, a través de ella se puede acceder a las ideas más básicas de los valores y principios que rigen el Estado constitucional. La lectura del preámbulo es un material útil para la educación política de la comunidad, para despertar en esta una toma de conciencia y adhesión íntima hacia su constitución y su plexo. Se anima el “sentimiento constitucional”.

Se discute acerca del valor jurídico del preámbulo constitucional, es decir, si se puede exigir su cumplimiento coactivamente. De una parte, el formalismo jurídico se ha encargado de negar su poder vinculante, atribuyéndole solo un mérito simbólico; y, de otra parte, el decisionismo schmittiano que le ha reconocido un pleno carácter normativo por ser expresión clara de la decisión política fundamental del poder constituyente. Y una postura intermedia, según la cual el preámbulo constitucional tiene un valor “interpretativo” para las

demás cláusulas de la constitución. Esta fue la postura de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Fallos* 164:344 del 6 de mayo de 1932 que otorga al preámbulo un “positivo factor de interpretación” cuando el pensamiento del constituyente no aparece nítido.

En efecto, el problema de la normativa del preámbulo ha sido de recibo en algunas cortes. En la sentencia 150/1990 del 4 de octubre de 1990, el Tribunal Constitucional español ha referido, en general, que los preámbulos y las exposiciones de motivos no tienen valor normativo. Colombia, no obstante, ha tomado un camino distinto. La Corte Constitucional colombiana en su Sentencia C-479/92 del 6 de agosto de 1992 ha reconocido el carácter obligacional del preámbulo constitucional por considerarla también parte integrante del articulado de la Constitución. En su opinión, si una ley desconoce cualquiera de los fines y principios contenidos en el preámbulo constitucional colombiano acarrearía de igual forma su inconstitucionalidad.

Bibliografía consultada

- **HÄBERLE, Peter.** *El Estado constitucional.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- **TAJADURA TEJADA, Javier.** *El preámbulo constitucional.* Comares, Granada, 1997.

PRECEDENTE

Decisión jurisdiccional previa que tiene similitudes sustanciales con casos actuales, que por razones, tanto de fondo como autoritativas, se invoca para dar solución a los casos nuevos. En similar

sentido, pero desde una perspectiva funcional, el precedente puede ser visto como una técnica de solución de casos que toma como punto de partida las circunstancias de hecho de un caso anterior y las razones sustantivas por las que el juez resolvió dicho caso, para darle solución al nuevo caso según lo dispuesto en el antiguo. La aplicación de la calificación de los hechos dependerá de la similitud del nuevo caso con el anterior. Esta semejanza o diferencia debe ser relevante.

El reconocimiento de esta técnica conlleva no solo la responsabilidad en cuanto a la aplicación del precedente, sino también en lo referido a las decisiones que se adoptan hoy y se toman como precedentes en el futuro. De ahí que exista cierta preocupación en el empleo preciso del lenguaje en la caracterización del caso, en la justificación del fallo y del fallo mismo.

Entre los fundamentos para la invocación del precedente se encuentran el principio de universalidad, por el cual se debe estar dispuesto a aplicar la misma consecuencia a situaciones sustancialmente iguales, y el principio de inercia por el cual una razón anteriormente aceptada no puede descartarse con posterioridad sin una justificación. Estos fundamentos tienen en común el mandato de coherencia que subyace en todo razonamiento práctico general; esta coherencia es exigida, centralmente, a la institución que ejerce la función jurisdiccional, y adicionalmente a quienes participan en la actividad deliberativa del proceso.

El precedente opera como una forma de argumentación jurídica que brinda una

respuesta al caso nuevo y semejante a uno anterior en sus elementos relevantes. Hasta este punto, el razonamiento jurisdiccional resulta ser de tipo deductivo (una vez identificado el extremo que vincula, para lo cual se requiere, por el contrario, un razonamiento inductivo, que extrae de lo particular una premisa general) pues el precedente opera como premisa mayor a la que se subsumen los hechos en calidad de premisa menor. Sin embargo, el razonamiento con base en precedentes no se agota en este aspecto, pues está abierta la posibilidad de reexaminar la discusión, para lo cual se traslada la carga de la argumentación para quien solicita el reexamen de las razones.

Dada la forma de razonamiento sobre la base de precedentes, la preocupación constante por la independencia judicial (o por la pretensión de corrección, según Alexy) debe entenderse no como una imposición de criterios del juez superior jerárquico, sino como la inserción de una razón institucional adicional basada en consideraciones sobre casos concretos que se presentan en el Derecho.

Aunque el empleo de la técnica del precedente es variado, se han identificado hasta cuatro aspectos generales que están presentes en todo supuesto, en mayor o menor medida, a los que se les ha denominado las dimensiones institucional, objetiva, estructural y de eficacia (Taruffo). Estas dimensiones están referidas a: i) quién emite el precedente en el marco del sistema organizativo jurisdiccional; ii) cuál es el extremo cuyas razones trascienden el caso; iii) cuántas veces tienen que haber sido utilizadas las razones para que el caso se configure como precedente; y iv) cómo este vincula.

Bibliografía consultada

- **CROSS, Rupert.** *Precedent in English Law*. Tercera edición, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- **HURLEY, S.I.** "Coherence, hypothetical cases and precedent". En: *Oxford Journal of Legal Studies*. N° 10, 1990.
- **SCHAUER, F.** "Precedent". En: *Stanford Law Review*. N° 3, Vol. 39, 1987.
- **TARUFFO, Michele.** "Dimensiones del precedente judicial". En: *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley, Lima, 2010.

PRECOMPROMISO

La noción de precompromiso hace alusión a un mecanismo de decisión colectiva a través del cual un grupo de personas decide "atarse a sí mismo" con miras a satisfacer sus decisiones en un momento posterior. Esta idea se halla íntimamente relacionada con la metáfora de "Ulises y las sirenas", popularizada por Jon Elster.

Se trata del tradicional relato en el que Ulises, en su condición de capitán de navío, decide ordenar a sus marineros que lo aten al mástil de la embarcación, a fin de no perder el control cuando tenga que hacerle frente al canto de las sirenas. De este modo, si bien Ulises es consciente de la restricción a su libertad que está imponiéndose a sí mismo, sabe que tal sacrificio lo hace con la finalidad de cumplir un objetivo. Ello hace que resulte inverosímil afirmar que Ulises esté anulando su libertad a través de dicho acto, pues en realidad la está preservando o poniendo a salvo de un evento futuro.

El argumento del precompromiso es usualmente utilizado al momento de

definir los contornos de la tensión entre constitucionalismo y democracia. El paralelo que se traza es entre el acto de "atarse al mástil" y "darse una Constitución", que no es otra cosa que la sociedad imponiéndose un límite para las decisiones futuras de la política ordinaria. En tal sentido, se afirma que resulta racional que una comunidad, en un momento de reflexión colectiva seria y alturada (como ocurre en el momento de la aprobación de una Constitución), decida incapacitarse para tomar ciertas decisiones que sabe que pueden tentarla en sus momentos menos brillantes (las denominadas "decisiones de política ordinaria").

Un sector de la doctrina, sin embargo, ha refutado la tesis del precompromiso, afirmando que: a) la sociedad no es la misma a lo largo del tiempo; b) dicho modelo presupone arbitrariamente que los momentos en que se aprueban o reforman las constituciones son siempre de mayor calidad que los de legislación ordinaria; y c) la autolimitación colectiva termina reflejándose en una constitución cuyas cláusulas abiertas son definidas en su alcance por el órgano judicial de control.

Bibliografía consultada

- **BAYÓN, Juan Carlos.** "Derechos, democracia y constitución". En: *Discusiones*. N° 01, 2000.
- **MORESO, José Juan.** "Derechos y Justicia Procesal Imperfecta". En: *Discusiones*. N° 01, 2000.

PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Esta es una noción formulada por el profesor alemán Robert Alexy. Para él tanto

el Derecho como la argumentación jurídica elevan una “pretensión de corrección”, es decir, pretenden ser correctas.

En primer lugar, Alexy sostiene que la relación entre Derecho y corrección es necesaria. Presenta, como ejemplo, que no pueden ser consideradas como jurídicas las decisiones expresamente absurdas o irracionales, igualmente las abiertamente inmorales, esto debido a la incorrección de ambas. De esta manera, pone en evidencia que la noción de corrección es implícita al Derecho. La corrección a la que alude, entonces, hace alusión a su *racionalidad* (así una práctica constituida solo por el poder, la emoción, la subjetividad o la voluntad no podría ser considerada un sistema jurídico) y a la *moral* (una decisión moralmente defectuosa sería también jurídicamente defectuosa).

Ahora bien, Alexy no señala que las decisiones tendrían que ser siempre correctas, sino que deben pretender serlo. Esto es más claro en los casos de conflicto o indeterminación normativa. El profesor alemán explica que si bien hay algunos casos que pueden resolverse de forma más o menos sencilla, a través de una subsunción normativa, en otros, debido a la indeterminación y ambigüedad del lenguaje, será necesario interpretar, asignando contenidos a las disposiciones y aplicando luego estas interpretaciones. Al respecto, tanto asignar significados como aplicarlos aceptablemente implica argumentar.

Ahora bien, Alexy explica que argumentar de cualquier forma no tendría ningún resultado satisfactorio ni racional; asimismo, que la práctica argumentativa no garantiza obtener verdades absolutas o resultados únicos e infalibles.

Por ello, aunque las argumentaciones siempre deben ser racionales, ello no generará “únicas respuestas correctas” –como, por ejemplo, considera Ronald Dworkin–. Tales respuestas únicas y correctas solo serían posibles en situaciones ideales inexistentes (v. gr. si el tiempo para argumentar fuera ilimitado, la información disponible fuera ilimitada, fuera ilimitada la claridad lingüística conceptual, existiese una capacidad ilimitada para el cambio de roles, y fuera ilimitada la carencia de prejuicios). Ya que esto no es posible, las afirmaciones de quienes argumentan tienen más bien una “pretensión de corrección”; en tal sentido buscan ser correctas y aceptadas, aunque finalmente no lo sean. Incluso el profesor alemán precisa que la pretensión de corrección es compatible con que se defienda la propia posición como si fuera la única correcta, independientemente de si una respuesta así existe en realidad.

Ahora bien, ¿cómo lograr esta pretendida corrección? Para Alexy, la corrección depende de observar algunas reglas básicas, que, en líneas generales, pueden entenderse como argumentos que un auditorio racional entendería como correctos en términos racionales y morales. La corrección presupone, entonces, la existencia de un procedimiento racional, que no brinda respuestas anticipadas ni materialmente correctas para todos los casos, sino que sostiene que la corrección de una decisión depende de haber transitado por el referido procedimiento. La propuesta de Robert Alexy constituye, de esta forma, una “teoría procesal de la argumentación”. Desde esta perspectiva, las discusiones con argumentos, en general, requieren de ciertos presupuestos, que son aplicables

a la argumentación jurídica en particular. A estos efectos, el profesor de Kiel formuló veintiocho “reglas del discurso práctico” (vide su libro *Teoría de la Argumentación Jurídica*), que pueden dividirse en reglas que se refieren a la estructura de los argumentos que se utilizan, los cuales permiten una comunicación coherente y sincera, y otras reglas específicas del discurso, que buscan asegurar la participación sin coerciones así como la imparcialidad en la argumentación práctica. De esta forma, estas reglas buscan asegurar que los argumentos y la discusión sean racionales y, de esa forma, correctos.

A ello debe sumarse el hecho de que para Alexy existe también una conexión necesaria entre Derecho y moral. En este sentido la pretensión de corrección es también pretensión de corrección moral, sobre todo en los casos difíciles, cuando el Derecho positivo resulta insuficiente para resolver y es necesario acudir a argumentos morales. Nuestro autor sostiene además, en la línea de lo anotado, que las normas o sistemas jurídicos inmorales deben considerarse como jurídicamente imperfectos; es más, defiende que los ordenamientos “extremadamente injustos” no deben considerarse como Derecho.

Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Derecho y razón práctica*. Fontamara, México D.F., 2006.
- **ALEXY, Robert.** *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- **ALEXY, Robert.** *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2007.
- **ALEXY, Robert.** *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Si bien el principio de proporcionalidad fue entendido desde algunas posturas, como un mero criterio de interpretación de los derechos fundamentales, hoy no queda duda de su carácter jurídico, siendo concebido como un principio de carácter metodológico que actuaría como un “límite de los límites”, es decir, como una pauta que permite concretar los límites que los derechos fundamentales le imponen a la actividad limitadora del poder.

Esta tesis descansa en la idea de que las restricciones o limitaciones impuestas por el poder a la libertad de los individuos, también deben estar sujetas a límites, especialmente cuando se trata de restricciones impuestas por el legislador ordinario. Sin embargo, no debe perderse de vista que tales límites, antes que provenir del principio de proporcionalidad, provienen de los derechos mismos, de modo que el primero solo permite hacer explícito el punto hasta el cual tales derechos toleran ser limitados en un caso concreto.

De esta manera, el principio de proporcionalidad permitirá evaluar la medida interventora *en relación con sus fines*, para determinar si es útil o adecuada para alcanzarlos, si se trata de una medida necesaria –por no existir una medida alternativa capaz de lograr el mismo objetivo, pero que resulta menos restrictiva–, y finalmente, si no estamos ante una medida excesiva o desproporcionada. Por lo tanto, el análisis de proporcionalidad implicará superar tres etapas sucesivas, que se corresponden con las exigencias del concepto teórico de ponderación, y

que son: i) la exigencia de idoneidad o adecuación; ii) la exigencia de necesidad; y iii) la exigencia de proporcionalidad stricto sensu.

■ Caracteres del ~

En cuanto a los caracteres de este principio, podemos mencionar los siguientes:

- Se trata de un principio *justiciable*, no solo porque en la mayoría de los ordenamientos existe un reconocimiento normativo expreso, sino porque lejos de ser un mero criterio interpretativo no vinculante, constituye una verdadera norma jurídica de aplicación obligatoria para los jueces.
- No atribuye por sí mismo posiciones jurídicas al titular del derecho fundamental, sino que presupone que estas existen con anterioridad. No podría sostenerse que el principio de proporcionalidad otorgue a los individuos el derecho a no ser tratados arbitrariamente, o a ser tratados de manera moderada, pues ello es solo una consecuencia de la protección dispensada al contenido de los propios derechos. Como ha sido señalado, se trata solo de un principio metodológico que acompaña su aplicación, de manera que su desconocimiento implicará siempre una afectación correlativa al contenido del principio constitucional de que se trate.
- No incorpora ninguna valoración respecto de la finalidad perseguida con la medida interventora que se evalúa, la cual constituye un dato externo. Este juicio, en el cual se determina si el fin perseguido es legítimo o no desde el punto de vista constitucional, es una evaluación previa a la aplicación del principio de proporcionalidad, y se constituye como su presupuesto teórico, que se identifica en nuestro ordenamiento con el contenido del principio de *razonabilidad*. En otras palabras, el principio de proporcionalidad implica siempre una evaluación de una medida a la luz de su finalidad, más allá de cuál sea esta.
- No proscribire absolutamente y para siempre ninguna medida, ni tampoco la persecución de ninguna finalidad en sí misma, ya que enjuicia exclusivamente la relación existente entre ambos, a la luz de unas determinadas circunstancias. Lo único que interesa, entonces, es la combinación de una y otra, sea en la norma o en el acto de su aplicación concreta. Ello significa que esta relación entre medio y fin, podría ser prohibida en unas circunstancias, pero aceptada en otras.
- Finalmente, el principio de proporcionalidad implica únicamente un *juicio negativo* acerca de la relación establecida entre una medida y la finalidad que persigue, pues no está dispuesto para determinar cuál sería la mejor medida para alcanzar tal finalidad, sino solo para detectar si la medida enjuiciada desconoce de manera evidente y manifiesta las exigencias de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad stricto

sensu que este principio impone. Como se ha resaltado, el principio de proporcionalidad sirve para evaluar si un sacrificio resulta absolutamente inútil, innecesario o desproporcionado en sentido estricto, por lo cual, solo la desproporción extrema y objetiva adquiere relevancia jurídica.

■ Juicio de idoneidad o adecuación

Es el primer tamiz del principio de proporcionalidad, e implica verificar que la medida evaluada sea adecuada, útil o idónea para alcanzar la finalidad que persigue, lo que ocurrirá si es capaz de conducir a un *estado de cosas* en que la realización de dicha finalidad se vería aumentada, en relación con el estado de cosas existente antes de la medida.

En este punto, conviene efectuar la distinción entre el *objetivo* y el *fin* de una medida. El primero sería el *estado de cosas* concreto que se pretende alcanzar con ella, mientras que el segundo sería aquel principio fundamental –que puede ser un derecho fundamental u otro bien jurídico– que se vería satisfecho en mayor medida, si se obtuviera dicho estado de cosas. Hecha la distinción, el análisis de idoneidad debe efectuarse primero respecto del *objetivo*, a efectos de verificar si la medida permite alcanzar el *estado de cosas* deseado. Luego, se ingresa a un segundo subnivel de análisis, que ya no descansa en criterios empíricos, y que supone justificar que en dicho estado de cosas, existirá una mayor satisfacción del principio constitucional que constituye el *fin* de la medida.

En consecuencia, este primer análisis proscibiría por inconstitucionales, todas aquellas medidas “neutrales” que no producen ningún efecto en relación al logro de la finalidad perseguida, así como las medidas “negativas”, que en vez de contribuir a alcanzar dicha finalidad, la dificultan.

Cabe señalar que la idoneidad presenta ciertos matices cuando se trata de evaluar medidas restrictivas impuestas por el legislador. Así, se reconoce que en este ámbito no se trata de exigir que la medida tenga el máximo grado de idoneidad, es decir, que se trate de la más útil o la más eficaz, pues se reconoce que el legislador tiene una libertad de configuración política que le permite perseguir distintos objetivos, en distintos grados. Más bien, estaríamos ante un análisis negativo, dispuesto para descartar las medidas que no revistan ningún grado de utilidad para obtener sus respectivos *objetivos y fines*.

■ Juicio de necesidad

Una vez verificada la idoneidad de la medida, debe constatarse que esta sea necesaria o indispensable, en el sentido de que no exista otra medida igualmente efectiva o adecuada para alcanzar el mismo fin, pero que suponga una restricción menor para el derecho fundamental o bien constitucional intervenido

En consecuencia, este segundo paso del análisis implica realizar un examen comparativo entre la medida que se pretende adoptar, y por lo menos un medio alternativo a esta, con

el objeto de descartar que este medio alternativo cumpla con dos condiciones, pues de llegar a verificar que ambas se cumplen conjuntamente, se tendría que descartar la medida analizada. Así, estas condiciones se corresponden con dos fases consecutivas del análisis de la necesidad, y son las siguientes:

- i) Que alguno o algunos de los medios alternativos revista por lo menos la misma idoneidad que la medida interventora para alcanzar el objetivo de esta última.
- ii) Que dentro de los medios que resulten por lo menos igualmente idóneos, exista alguno que afecte el derecho fundamental intervenido, en una menor medida.

Para este análisis es importante tener en cuenta que la idoneidad de la medida examinada y sus alternativas, puede apreciarse desde diversas perspectivas. Así, desde el punto de vista de la *eficacia*, se debe verificar si alguno de los medios alternativos es tanto o más eficaz para alcanzar el estado de cosas que se persigue; desde la perspectiva de la *temporalidad*, si alguno puede contribuir a dicho propósito con igual o mayor rapidez; y finalmente desde el punto de vista de la *probabilidad*, si alguno de los medios alternativos lo hace con la misma o mayor seguridad que la medida interventora. Lo importante es examinar la medida interventora y su medida alternativa desde la misma perspectiva –la que sea más relevante para el caso concreto–, asignando a cada una un determinado grado de eficacia, rapidez o probabilidad para contribuir a alcanzar el estado de cosas que es el *objetivo* de la medida.

Juicio de proporcionalidad *stricto sensu*

Es la tercera exigencia del principio de proporcionalidad, que se aplica solo a aquellas medidas que hayan superado previamente los análisis de idoneidad y necesidad. En virtud de esta exigencia, la limitación que una medida implica para el contenido del derecho fundamental afectado debe ser proporcionada en comparación con la finalidad que esta persigue, guardando con ella una relación de equilibrio razonable.

Esta relación de equilibrio razonable se obtiene al ponderar –es decir, sopesar, comparar– por un lado, los perjuicios que la medida interventora supone para el ejercicio del derecho fundamental afectado, y por otro, los beneficios que se derivan de ella, para la satisfacción del otro principio que constituye su finalidad. Así, una medida podrá ser calificada como proporcionada, cuando las ventajas que se obtienen de su adopción, compensan los sacrificios que esta implica para los titulares del bien constitucional afectado.

De este modo, de manera general, puede afirmarse que la adopción de una medida que implique un alto grado de sacrificio o limitación a un derecho fundamental, sería desproporcionada si de ella se derivase apenas un pequeño beneficio para el principio constitucional perseguido, e incluso también si la intensidad de dicho beneficio fuese solo media. Por el contrario, sería proporcionada una medida cuya adopción va a generar un gran beneficio para la satisfacción de un bien constitucional, y que

únicamente implicará un mínimo sacrificio para quien resulte afectado.

En consecuencia, una medida proporcionada será aquella en la cual los beneficios sean más intensos –o pesados, si se quiere– que los sacrificios que implica, para lo que se deberá tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso, cuya valoración objetiva, evidentemente, debe quedar plasmada en la motivación que acompañe la decisión, en la que se debe poder apreciar la comparación entre ambos extremos.

Bibliografía consultada

- **BARNÉS, Javier.** “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. En: *Cuadernos de Derecho Público*. N° 05, setiembre-diciembre, 1998.
 - **BERNAL PULIDO, Carlos.** *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
 - **CIANCIARDO, Juan.** *El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 2004.
- **Voces relacionadas:** Fórmula del peso, Ponderación.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del Derecho es una expresión común de los juristas para referirse, en sentido lato, aquel conjunto de normas superiores altamente comprensivas que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico o de alguno de sus sectores como el subsistema

civil, penal o laboral; y que, en el nivel práctico, condicionan la creación y aplicación del derecho positivo. El grado de generalidad de estas normas permite a los operadores jurídicos como los jueces extraer normas particulares en situaciones de vacíos normativos y aplicarlas en las controversias judiciales.

Los principios generales del Derecho se distinguen en explícitos e implícitos:

- A. *Explícitos.* Son los principios generales dictados por una fuente de producción jurídica y que están recogidas en un determinado documento normativo como la Constitución, los códigos, leyes, etc. Funcionan como principios generales, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley Fundamental que señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad” o el artículo 2.2 que manda que: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”. También es un principio general en el campo del Derecho de Familia el artículo 235 del Código Civil de 1984 que estipula que: “Todos los hijos tienen iguales derechos”, entre otros.
- B. *Implícitos.* Son los principios generales que no tienen una formulación positiva, pero que se obtienen por vía inductiva o deductiva de las normas jurídicas preexistentes e, incluso, de la jurisprudencia. Si bien, en su identificación se parte del orden jurídico puesto, no obstante interviene un alto grado de discrecionalidad de los jueces.

PROCESO COMPETENCIAL

Proceso que se tramita directamente ante el Tribunal Constitucional y que

tiene por objeto dirimir los conflictos de competencias o atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley (artículo 202, inciso 3 de la Constitución), específicamente, las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos; y, los gobiernos regionales y locales.

A partir de esta definición, se ha entendido que pueden tener lugar distintos tipos de conflictos, siendo los más conocidos el conflicto positivo y el conflicto negativo de competencias. El primero (conflicto positivo), tiene lugar cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan una competencia o atribución constitucional, mientras que el segundo (conflicto negativo), se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha reconocido, a través de su jurisprudencia, otras modalidades de conflictos de competencia. Así, por ejemplo, ha aludido al “conflicto por omisión en cumplimiento de acto obligatorio”, que es un tipo de conflicto negativo que se presenta cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo y afectando las competencias constitucionales atribuidas a otro órgano constitucional (STC Exp. N° 0005-2005-CC/TC).

Otro tipo de conflicto, desarrollado jurisprudencialmente (STC Exp. N° 0006-2006-CC/TC), es el “conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales” que, a su vez, se clasifica en:

a) Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto, que se

configura cuando un órgano constitucional realiza un ejercicio indebido o prohibido de sus competencias, afectando el ámbito de competencias de otro órgano constitucional.

- b) Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia, que surge cuando las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas de tal manera que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación del otro.
- c) Conflicto constitucional por menoscabo de omisión, que se presenta cuando uno de los órganos omite ejercer su competencia, produciéndose una atrofia en el ejercicio de las competencias del otro órgano constitucional.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que los denominados “conflicto por omisión de cumplimiento de acto obligatorio” y “conflicto constitucional por menoscabo de omisión” representan dos supuestos de conflicto sustancialmente idénticos, de modo que no habría razón para diferenciarlos (STC Exp. N° 0001-2010-CC/TC).

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *Derecho Procesal Constitucional.* Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **ADRIÁN, Javier.** “El proceso competencial en el Código Procesal Constitucional”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional.* Año 1, N° 5, mayo de 2006.

■ Legitimación procesal en el ~

Se encuentran legitimados para demandar (legitimidad procesal activa)

o ser demandados (legitimidad procesal pasiva) en un proceso competencial: los tres clásicos poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos y los gobiernos regionales y locales. En consecuencia, carece de legitimidad cualquier otro órgano que no cuente con reconocimiento o rango constitucional.

En este sentido, el Código Procesal Constitucional establece que el Tribunal Constitucional conoce los conflictos de competencias o atribuciones que opongan: a) al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; b) a dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o, c) a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a estos entre sí (artículo 109).

PROCESO CONSTITUCIONAL

Vía a través de la cual se despliega la potestad jurisdiccional del Estado. Se caracteriza porque su creación o configuración viene de la propia Constitución y no únicamente de una norma legal. A esta característica (de tipo formal) se puede agregar que, por regla general, todo proceso constitucional tiene como finalidad esencial garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Dependiendo del país del que se trate, la competencia para resolver este tipo de procesos puede recaer en el Poder Judicial, en el Tribunal Constitucional o en ambos.

Doctrinariamente, los procesos constitucionales han sido clasificados de distintas

maneras, por ejemplo, se señala que pueden ser típicos o atípicos. Así, desde esta perspectiva, los procesos constitucionales típicos serían aquellos que están estrechamente conectados con la naturaleza de la justicia constitucional, tal como esta se ha ido perfilando históricamente. Por tanto, entrarían en esta clasificación los procesos orientados a examinar la adecuación a la Constitución de las normas jurídicas de inferior jerarquía (ya sea que el control sea abstracto o concreto, a priori o a posteriori), los procesos que tiene por objeto la defensa de los derechos fundamentales y, finalmente, los procesos que garantizan la distribución vertical y horizontal del poder.

De otro lado, los procesos constitucionales atípicos serían aquellos que se añaden a los procesos básicos mencionados porque afectan a una cuestión básica del poder público y se encuentran, de una u otra forma, tratados en la Constitución. Tal es el caso de los procesos que tienen por objeto el control de las omisiones inconstitucionales (regulado en Portugal y Hungría e introducido jurisprudencialmente en países como Alemania e Italia), el control de constitucionalidad de tratados internacionales (aunque en algunos ordenamientos podría incluirse en el control de constitucionalidad de las leyes), el contencioso electoral (que varía considerablemente de un país a otro), el control de partidos políticos (como ocurre en Alemania), la interpretación obligatoria de la Constitución (que se presenta en diversos países de Europa del Este como Rusia y Ucrania), el control de la figura del jefe de Estado o presidente de la República (al resolver el *impeachment* o las acusaciones dirigidas contra esa figura) e inclusive existen ordenamientos que prevén la posibilidad

de que el Tribunal Constitucional emita una opinión consultiva sobre la reforma de la Constitución (como ocurre en Rumania y Ucrania).

En el Perú, la Constitución de 1993 consagra expresamente un total de siete procesos constitucionales (aunque, atendiendo a su finalidad, la doctrina ha discutido la conveniencia de calificar a algunos de ellos como tales): a) el proceso de hábeas corpus; b) el proceso de amparo; c) el proceso de hábeas data; d) el proceso de cumplimiento; e) el proceso de acción popular; f) el proceso de inconstitucionalidad; y, g) el proceso competencial.

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *Derecho Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio.** *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Segunda edición, Tecnos, Madrid, 2007.

PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

Definida por nuestra Constitución (artículo 200, inciso 5) como el proceso destinado a garantizar la regularidad constitucional o legal de los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, el proceso constitucional de acción popular es uno cuya competencia exclusiva corresponde al Poder Judicial. También procede cuando dichas normas no han sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso (artículo 76 del Código Procesal Constitucional). A pesar de ello, lo cierto es que la decisión recaída en dicho

proceso vincula a todos los jueces (artículo VI segundo párrafo del T.P. del Código Procesal Constitucional).

Hay varias notas diferenciales en la acción popular que merecen ser rescatadas (artículo 85 y ss. del Código Procesal Constitucional): a) la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona (incluyendo a la Defensoría del Pueblo, en virtud del artículo 9 de su Ley Orgánica); b) la competencia del Poder Judicial depende del alcance nacional, regional o local de la norma; siendo que el procedimiento se sustancia en dos instancias vía apelación, en defecto de la cual procede la consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; c) procede el dictado de medidas cautelares, que consisten en la suspensión de la norma cuestionada; d) la sentencia puede tener efecto retroactivo (artículo 81 del Código Procesal Constitucional); entre otros.

Especialmente relevantes son, en materia de acción popular, las siguientes sentencias del Poder Judicial: a) sentencia recaída en el Exp. N° 169-08-AP, del 29 de diciembre de 2010, expedida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en parte la demanda interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores, Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, contra el Reglamento de la Ley N° 29245, que regula los servicios de Tercerización Laboral (actualmente en fase de apelación); b) la sentencia del 30 de noviembre de 2009, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en primera instancia la demanda de acción popular interpuesta por el Colegio de Notarios de San Martín contra el Decreto Supremo N° 003-2009-JUS, Reglamento del

Decreto Legislativo N° 1049, Ley del Notariado; entre otras.

En razón de que su tramitación corresponde única y exclusivamente al Poder Judicial, pocas han sido las veces en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este proceso. Y cuando lo ha hecho, se ha limitado a brindar una definición cuasilegal del mismo (Cfr. STC Exp. N° 0774-2005-HC/TC, f. j. 6). Con todo, ha reconocido que el artículo 82 del Código Procesal Constitucional otorga a las sentencias firmes de acción popular la calidad de cosa juzgada, por lo que no pueden ser desconocidas por ninguna autoridad administrativa, como por ejemplo, la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi (STC Exp. N° 02643-2010-PC/TC).

PROCESO DE AMPARO

El proceso de amparo es un proceso constitucional previsto en el artículo 200 inciso 2 de la Constitución, que se encarga de la tutela de los derechos constitucionales no protegidos por otros procesos constitucionales, frente a la vulneración o amenaza cierta e inminente por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona de la que fueran objeto.

■ Dimensiones del ~

Como todo proceso constitucional, el proceso de amparo presenta dos dimensiones: subjetiva y objetiva.

La dimensión subjetiva apunta a la tutela de los intereses individuales de un sujeto cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados.

Por su parte, desde la dimensión objetiva, se trata de que el pronunciamiento

que se emita trascienda el interés individual en el que incide la dimensión anterior y se encargue más bien de formular una interpretación de la Constitución con la finalidad de contribuir a clarificar o resolver un litigio o duda constitucional.

Ambas dimensiones de los procesos constitucionales se integran por lo que tienen un doble carácter, que es a su vez correlato de la doble dimensión de los derechos fundamentales (subjetiva, como facultad de hacer o no hacer atribuida a las personas, y objetiva, como pauta de creación, interpretación y aplicación del Derecho).

■ Presupuestos del ~

Los presupuestos del proceso de amparo son los siguientes:

■ Tutela de derechos constitucionales

En el Perú el proceso de amparo se encarga de la tutela de todos los derechos constitucionales (salvo los protegidos por hábeas corpus y hábeas data). Ello incluye tanto los reconocidos expresamente en la Constitución como los de naturaleza análoga y aquellos que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

Se trata de proteger el “contenido constitucionalmente protegido” de dichos derechos (artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional), los cuales, además, deben tener “sustento constitucional directo” (artículo 38 del

Código Procesal Constitucional), esto es, tratarse de un derecho que se desprende del reconocimiento constitucional antes mencionado”.

Sin embargo, esta opción del ordenamiento jurídico peruano, no es la única en el Derecho Comparado. Al respecto, se pueden identificar hasta tres tesis:

- a. *Tesis muy amplia:* Desde esta postura, el proceso de amparo protege derechos constitucionales (lo que incluye la libertad individual) y también los derechos que no tienen rango constitucional, pero que son tutelados por una interpretación extensiva de Constitución. El ejemplo paradigmático de esta posición es México, que regula un hábeas corpus dentro del proceso de amparo o un “amparo casación”, para la defensa de la legalidad de resoluciones judiciales.
- b. *Tesis amplia:* Desde esta tesis, el proceso de amparo se encamina a la protección de todos los derechos reconocidos por la Constitución (con excepción de la libertad individual). Ello no incluye los derechos que no tengan sustento constitucional. Esta sería la opción del ordenamiento jurídico peruano.
- c. *Tesis intermedia:* Esta plantea que el proceso de amparo protege ciertos derechos reconocidos por Constitución, a los que califica como “fundamentales”. A modo de ejemplo, puede citarse el caso de España, país en el cual se establece

que el amparo constitucional solo procede para defensa de los derechos reconocidos en la sección primera del artículo 14 de la Constitución.

Acto u omisión cometido por cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace derechos

El acto lesivo en un proceso constitucional en general y en un proceso de amparo en particular puede clasificarse según diversos criterios, los que determinan, según cada caso, la procedencia de la demanda interpuesta invocando su vulneración o amenaza.

En función del tiempo de su realización, puede tratarse actos pasados, presentes, futuros y de tracto sucesivo.

- a. *Actos pasados:* Acto realizados o consumados, que solo permiten la procedencia del amparo si es posible reponer las cosas al estado anterior a la violación del Derecho. No obstante ser la anterior la regla general, no debe perderse de vista que el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional habilita al juez que conoce una demanda de amparo a declararla fundada incluso si luego de presentada cesa la agresión por voluntad del agresor, en atención al agravio producido.
- b. *Actos presentes:* Son aquellos actos que se vienen realizando al momento de interponer la demanda de amparo, por lo que su cese legítimamente

puede formar parte de la pretensión que se invoca en el proceso de amparo.

- c. *Actos futuros*: Son los que aún no se han realizado. En el caso peruano, se verían incluidos en la posibilidad de procedencia de una demanda de amparo ante la amenaza de vulneración de un derecho, pero debe tratarse de una amenaza cierta e inminente (no remota o probable).
- d. *Actos de tracto sucesivo*: Se trata de un acto que se ha estado realizando en el pasado, se viene llevando a cabo en el presente y seguramente seguirá en futuro. Frente a ello, el objeto del proceso de amparo es evitar la continuación de la vulneración, así como reparar los agravios realizados en tanto sea posible.

En función de modo de afectación, pueden ser actos positivos u omisiones.

- a. *Actos positivos*: Son actos comisivos, esto que, que implican que el agresor efectúe una conducta o actividad (“hacer algo”).
- b. *Omisiones*: Implican un “no hacer” o una abstención por parte del agresor. Debe tratarse de la no realización de un acto que el ordenamiento jurídico ha previsto como de cumplimiento obligatorio.

De acuerdo a reparabilidad, puede tratarse de actos reparables o irreparables.

- a. *Actos reparables*: Son aquellos en que aún resulta posible reponer las cosas al estado anterior a la lesión o amenaza del Derecho.

- b. *Actos irreparables*: Se trata de actos en los que ya no es posible reponer cosas a estado anterior a lesión o amenaza del Derecho. En principio, en estos casos no procedería la demanda. Sin embargo, debe distinguirse en función de si esta irreparabilidad es previa o posterior a la interposición de la demanda. Si es previa, sí determina la improcedencia (artículo 5, inciso 5 del Código Procesal Constitucional). Sin embargo, de producirse esto después de presentada la demanda de amparo, se habilita al juez a declararla fundada incluso si ella deviene en irreparable, en atención al agravio producido (segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional).

De acuerdo con la subsistencia de la lesión, los actos pueden ser subsistentes o no subsistentes.

- a. *Actos subsistentes*: Implica la vigencia de la lesión o amenaza.
- b. *Actos no subsistentes*: Implica que, al haber cesado el acto (acto pasado), la lesión o amenaza carece de vigencia. Como regla general, deriva en la improcedencia de la demanda, pero en este supuesto también resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que también permite al juez ordenar al demandado que no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de demanda.

Según la evidencia de la lesión, puede tratarse de actos de arbitrariedad manifiesta o no manifiestos.

- a. *Actos de arbitrariedad manifiesta:* En estos casos, la lesión o amenaza del Derecho es indubitable, clara o evidente, o en todo caso, la agresión pueda ser verificada mediante breve debate probatorio. Frente a estos supuestos, procede la demanda de amparo.
- b. *Actos no manifiestos:* Se califican así a los actos cuyo agravio no resulta manifiesto, por lo que deben ser cuestionados en el marco de otros procesos, y no de un proceso de amparo (que no tiene una etapa probatoria específica, de conformidad con el artículo 9 del Código Procesal Constitucional).

En función del consentimiento, los actos pueden ser consentidos o no consentidos.

- a. *Actos consentidos:* Se cuestiona la posibilidad de habilitar un consentimiento de la vulneración o amenaza de derechos constitucionales. En estricto, en el caso peruano, no se regula la posibilidad de este consentimiento, aunque indirectamente ello se verifica en la existencia de un plazo de interposición de la demanda (artículo 44 del Código Procesal Constitucional). De no interponer la demanda en dicho plazo, ya no es posible acudir al amparo como vía de solución de dicho acto lesivo.

- b. *Actos no consentidos:* Son aquellos en los que no se ha expresado conformidad respecto de la vulneración o amenaza.

Deben agotarse las vías previas y no existir vías paralelas igualmente satisfactorias

La procedencia del proceso de amparo deriva también, como presupuesto, que se cumpla con acudir a todos aquellos procedimientos que hayan sido regulados como previos para, solo luego de ellos, acudir al proceso de amparo, aunque en la actualidad se permiten excepciones a dicha regla general de agotamiento de la vía previa (ver: *Vía previa*).

De igual manera, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo ha devenido en subsidiario, por lo que para que proceda debe verificarse previamente si existe una vía específica igualmente satisfactoria (en los términos del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional) para el Derecho cuya vulneración o amenaza se invoca. De existir dicha vía, resultaría improcedente la demanda de amparo (Ver: *Residualidad, Vía igualmente satisfactoria, Vía paralela*).

Dentro de un plazo determinado

Luego de la realización del acto lesivo, existe un plazo determinado para acudir a un proceso

de amparo demandando la tutela respectiva.

La regla es que la demanda debe interponerse dentro de los sesenta días hábiles desde que se produjo dicho acto, aunque se señala expresamente que ello presupone que el afectado haya tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posición de interponer la demanda. De lo contrario, el plazo se computa desde la remoción del impedimento. En el caso de las resoluciones judiciales, el plazo es de treinta días hábiles desde que la resolución judicial haya quedado firme (artículo 44 del Código Procesal Constitucional).

Amparo contra normas legales

En esta materia se evalúa si el proceso de amparo constituye un mecanismo procesal que permite cuestionar las normas legales.

Posturas en el Derecho Comparado

En el Derecho Comparado, existen hasta tres posturas frente a la procedencia o no de un amparo contra norma legales.

En ese sentido, es posible verificar que se presenta lo siguiente: a) países que no lo habilitan por entender que la vía para ello debe ser el proceso de inconstitucionalidad (postura denegatoria); b) quienes lo admiten contra todo tipo de normas (admisoria

amplia) o c) aquellos que solo lo permiten ante un determinado tipo de normas que, por su naturaleza, resultan lesivas de derechos en sí mismas (admisoria moderada).

Amparo contra normas legales en el Perú

En el Perú, el artículo 200, inciso 2 de la Constitución establece que el amparo no procede contra normas legales, por lo que aparentemente se habría asumido una posición denegatoria.

En el mismo sentido, la Ley N° 23506, Ley que regulaba los procesos de hábeas corpus y amparo, parecía ceñir su aplicación a los actos de aplicación de normas (como posibles actos lesivos), y no a las normas directamente.

Sin embargo, incluso durante la vigencia de dicha ley, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por ejemplo las STC Exp. N° 1152-97-AA/TC, STC Exp. N° 1100-2000-AA/TC y STC Exp. N° 1311-2000-AA/TC) se encargó de distinguir dos tipos posibles de normas, para determinar la procedencia o improcedencia del amparo: las normas autoaplicativas y las normas heteroaplicativas.

En el caso de las primeras, las autoaplicativas, procede el amparo, al entender que, sin requerir acto posterior o de reglamentación, generan eficacia plena en el mismo momento en que entra en vigencia. Por su parte, en el caso

de las heteroaplicativas, que no generan afectación con su entrada en vigencia, se requiere el acto posterior o de aplicación para que proceda la demanda de amparo.

Al respecto, señaló que la prohibición del artículo 200, inciso 2 se circunscribe al supuesto en que se pretenda emplear el proceso de amparo para eliminar una norma del ordenamiento jurídico con efectos generales, pero no de buscar que dicha norma se declare inaplicable para un caso concreto y con efectos solo para el demandante, indicando expresamente que lo contrario sería dejar en indefensión al justiciable.

Ante dicho avance jurisprudencial, no resultó del todo comprensible que el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, en su versión original, repitiera una fórmula similar al artículo 3 de la ya citada Ley N° 23506, que parecía restringir su ámbito a los actos de aplicación de normas.

Sin embargo, incluso en dicho marco, el Tribunal Constitucional mantuvo su posición previamente fijada de que, ante las normas autoaplicativas, procedía la demanda de amparo. Utilizó además dicha ocasión para precisar los dos supuestos en que existe una norma autoaplicativa: a) las normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos, y b) como amenaza cierta e inminente, las normas que determinan

que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC).

Posteriormente, mediante Ley N° 28946, publicada el 24 de diciembre de 2006, se modificó el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, para determinar que cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa (definida como aquella cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, es inmediata e incondicionada) incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

■ Amparo contra resoluciones judiciales

Se hace referencia a la posibilidad o imposibilidad de control de las resoluciones emitidas por un órgano jurisdiccional, mediante un proceso de amparo.

■ Modelos en el Derecho Comparado

En relación con esta materia, existen también diferentes modelos en el Derecho Comparado. En ese sentido, las posturas existentes son las siguientes:

Tesis negativa:

Se rechaza de plano la procedencia del proceso de amparo frente a resoluciones judiciales.

Ello se sustenta en que: i) no es posible revivir procesos fenecidos y cuestionar resoluciones que tienen autoridad de cosa juzgada, pues lo contrario implicaría vulnerar la seguridad jurídica; y ii) la subsanación de la violación constitucional debe buscarse ante el propio juez de la causa y no ante otro órgano jurisdiccional.

Tesis permisiva:

Se presenta en aquellos ordenamientos jurídicos que habilitan la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales. Se sustenta en que: i) no interesa el órgano de donde provenga la violación o amenaza de un derecho constitucional, sino que lo que importa es el hecho; y ii) debe prevalecer la protección de los derechos frente a la seguridad jurídica, aunque no son incompatibles.

Esta permisibilidad presenta como dimensiones, a su vez, que llevan a calificarla como amplísima, amplia, restringida y la denominada “peculiar”.

La *permisibilidad amplísima* implica que el amparo procede contra todo acto u omisión de autoridad judicial que lesiona, restringe o amenaza un derecho constitucional. Se constituye en un mecanismo de control de constitucionalidad y también de legalidad de las sentencias, lo que implica, en la práctica, un medio impugnatorio adicional.

La *permisibilidad amplia* permite la procedencia del amparo contra las violaciones de origen inmediato y directo en el acto o la

omisión del órgano judicial si se han agotado todos los recursos en la vía judicial, o la violación es imputable de modo directo a la acción o la omisión del órgano judicial (independientemente de los hechos que materia del proceso).

La *permisibilidad restringida* permite que el amparo solo proceda en circunstancias excepcionales, habilitada por defectos sustantivos, orgánicos, fácticos o procedimentales.

El amparo contra resoluciones judiciales en el Perú

En el Perú, el artículo 200, inciso 2 de la Constitución indica que el amparo no procede contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

De igual manera, el artículo 6, inciso 3 de la Ley N° 23506, ley que regulaba la ley de hábeas corpus y amparo, reitera lo previsto en la Constitución sobre esta materia.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional entendió que, en interpretación a contrario de la normativa entonces vigente, procedía una demanda de amparo si la resolución judicial que se cuestionaba emanaba de “procedimiento irregular”, es decir, cuando la decisión judicial no ha sido emitida conforme a las formalidades procesales exigidas por la ley, con tal magnitud que comprometa decididamente la tutela procesal efectiva, y que, por ende, desnaturalice el resultado natural del proceso (STC Exp. N° 3283-2003-AA).

Ello con la finalidad de que el amparo contra resoluciones judiciales no pudiera constituirse en un instrumento procesal que se superpusiera a los medios impugnatorios existentes en la legislación procesal ni en la habilitación de una vía en la que se pudiera reproducir una controversia previamente resuelta ante las instancias de la jurisdicción ordinaria, en la medida en que las eventuales anomalías deben ventilarse y resolverse dentro de los mismos procesos, mediante los recursos existentes, de conformidad con lo señalado en el artículo 10 de la entonces vigente Ley N° 25398, Ley que complementaba las disposiciones de la Ley N° 23506 en materia de hábeas corpus y de amparo.

Esa interpretación se plasmó en términos similares en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional en el que se prevé que el amparo procede frente a resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva (que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso); adicionalmente, se indicó que la demanda resultaba improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

Al respecto, se han formulado críticas referidas a que deberían establecerse excepciones a la exigencia de firmeza de la resolución en los supuestos en que el agotamiento de los recursos pudiera generar riesgos de irreparabilidad o si el plazo de tramitación de los recursos

pudiese suponer un periodo excesivamente dilatado e incompatible con el carácter de urgencia de la tutela de los derechos. De igual manera, se señala que también debería exceptuarse la imposibilidad de no cuestionar, vía amparo, las resoluciones consentidas, frente a supuestos como los antes mencionados (el riesgo de irreparabilidad o de excesiva demora en la tramitación de los recursos).

Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 3179-2004-AA), reconociendo el desarrollo jurisprudencial previo, cambió su criterio y señaló que circunscribir la procedencia del amparo a la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva implicaba que los jueces ordinarios solo se encontraban vinculados a determinados derechos fundamentales, en concreto los de naturaleza procesal.

Frente a ello, determinó que existían razones jurídico-constitucionales para replantear el ámbito de derechos protegidos mediante esta modalidad de amparo, tanto a partir del diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso como de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.

En tal sentido, se señaló que los únicos derechos exceptuados del control del proceso de amparo debían ser los protegidos por el proceso de hábeas corpus o el

proceso de hábeas data; adicionalmente, por entender que es inadmisibile, desde un punto de vista constitucional, que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso "irregular" solo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal "irregularidad" no acontezca cuando afecta otros derechos fundamentales.

Por lo tanto, concluyó que, en el marco del Estado Constitucional, la irregularidad de una resolución judicial se produce cada vez que esta genere una vulneración del contenido constitucionalmente protegido de cualquier derecho fundamental (y no solo los de naturaleza procesal), por la vinculatoriedad que tienen todos los derechos, así como la exigencia de su respeto, tutela y promoción.

A partir de ello, en dicho pronunciamiento se precisó el canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales, que implica tres exámenes en orden secuencial: i) *examen de razonabilidad* (evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado; ii) *examen de coherencia* (se precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna, pues, de lo contrario, no estaría justificada la revisión total del proceso ordinario); y iii) *examen de suficiencia* (intensidad del control constitucional que sea

necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado).

■ Amparo contra amparo

La evaluación de la procedencia del amparo frente a las resoluciones jurisdiccionales presenta como modalidad el evaluar si este puede permitirse si la resolución que se cuestiona no es la de un proceso ordinario sino una emitida en otro proceso constitucional, concretamente la de un proceso de amparo.

Si bien la Constitución de 1993 no planteaba previsiones específicas sobre el particular, se entendió como parte del tratamiento de la procedencia del proceso de amparo frente a resoluciones judiciales.

En la misma línea, la Ley N° 23506, ley que regulaba el hábeas corpus y amparo, tampoco regulaba la mencionada materia. Sin embargo, incluso dentro de dicho marco normativo, el Tribunal Constitucional entendió que el proceso de amparo sí procedía en este supuesto (STC Exp. N° 0612-98-AA/TC), para lo cual debían evaluarse determinados criterios: a) si la violación del debido proceso es manifiestamente evidente; b) si en el proceso de amparo se han agotado los recursos a favor de justiciable para que la violación a su derecho fundamental pueda ser evitada y el juez ha hecho caso omiso; c) si se trata de aspectos estrictamente formales de debido proceso; d) si se trata de sentencias definitivas, siempre que no tengan carácter favorable a la

parte actora; y, e) únicamente frente al cuestionamiento de resoluciones del Poder Judicial, no del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 200-2002-AA/TC).

El Código Procesal Constitucional, en su artículo 5, inciso 6, señala que el proceso de amparo no procede cuando se cuestiona la resolución recaída en otro proceso constitucional. No obstante, pese a la aparente opción legislativa, el Tribunal Constitucional entendió que la tutela de derechos exigía que este supuesto se habilitara. Por lo tanto, indicó que procedía el “amparo contra amparo” frente a resoluciones emitidas por los tribunales ordinarios (y no las que llegaron a su conocimiento) en los siguientes casos (STC Exp. N° 4853-2004-PA/TC):

Sentencias estimatorias de segundo grado que afectan el contenido constitucionalmente protegido de cualquier derecho fundamental.

Sentencias estimatorias que desconocen la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en: i) interpretaciones de la Constitución en los procesos de control normativo y de tutela de derechos; ii) interpretaciones de la ley, en el marco de la Constitución, en los procesos de control de constitucionalidad; y, iii) al efectuar proscripciones interpretativas, al anular determinado sentido interpretativo de ley, a la luz del principio de interpretación conforme a Constitución, con la emisión de sentencias interpretativas.

Decisiones denegatorias de segundo grado que afectan derechos de

terceros que no han intervenido en el proceso (por no haber sido admitido como parte en el primer amparo o por desconocimiento del trámite al no haber sido notificado pese a su calidad de litisconsorte necesario) y del recurrente que no tuvo ocasión de interponer el recurso de agravio constitucional (no fue notificado oportunamente con la sentencia desestimatoria o fue notificado, pero no tuvo conocimiento del contenido de la sentencia por alguna imposibilidad material, debidamente acreditada).

En todo caso, debe precisarse que dicha regla general de improcedencia de demandas de amparo contra resoluciones de otro proceso de amparo que fue de conocimiento del Tribunal Constitucional se ha visto matizada recientemente. Ello al tratarse de un caso en que el demandante del nuevo amparo nunca fue notificado de la demanda ni de ningún acto procesal y, por ello, no participó como parte o tercero en el primer proceso de amparo, ante la falta de información, por los intervinientes en dicho primer proceso, respecto de su existencia y la eventual afectación de sus derechos con la decisión emitida en tal proceso constitucional (STC Exp. N° 03569-2010-PA/TC).

Amparo frente a materia arbitral

La procedencia de una demanda de amparo frente a las actuaciones en un arbitraje o al laudo arbitral, como pronunciamiento final emitido, no ha sido prevista expresamente en la Constitución o en sus normas de desarrollo (las hoy derogadas Leyes

N° 23506 y N° 25398, o el vigente Código Procesal Constitucional).

Sin embargo, pese a dicho silencio constitucional y legislativo, esta procedencia había sido habilitada por el Tribunal Constitucional (STC Exp. 6167-2005-PHC/TC), al atribuir carácter jurisdiccional a lo resuelto en sede arbitral, y por ello, se permitía la posible revisión de los laudos arbitrales ante la vulneración de derechos de naturaleza procesal (en igualdad de tratamiento a la procedencia del amparo frente a resoluciones judiciales).

Sin embargo, luego del cambio de perspectiva en lo referente al amparo contra resoluciones judiciales (STC Exp. N° 3179-2004-AA), se estimó que se requería formular un nuevo criterio sobre esta materia. Al respecto, el Tribunal Constitucional reiteró que el control constitucional jurisdiccional no quedaba excluido, sino que se desenvolvía a posteriori cuando se vulneraba el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los que vinculan por artículos VI *in fine* y VII de Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, se precisó que la competencia de un órgano no jurisdiccional (como los árbitros) no resultaba equiparable al cuestionamiento de resoluciones judiciales porque su competencia se rige por el principio de legalidad. Por lo tanto, se estimó que la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, así como el carácter disponible de la materia sometida a esa jurisdicción, derivaba

en que la intervención de la jurisdicción ordinaria no fuera ejercida sino hasta que el laudo arbitral sea firme o se hayan agotado las vías previas. (STC Exp. N° 1567-2006-PA/TC).

Ahora bien, en fecha reciente, el Tribunal Constitucional ha emitido un precedente vinculante sobre esta materia (STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC), en la que fija como reglas las siguientes:

El recurso de anulación (Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje) y los recursos de apelación y anulación (para procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, con las solas excepciones que prevé la propia sentencia.

No procede el amparo ante la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, supuestos en los que proceden los recursos de apelación o anulación (según el dispositivo legal aplicable), y no el proceso de amparo.

No procede el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral, pues la vía idónea en dicha materia son los recursos de apelación o anulación (según el dispositivo legal aplicable).

Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran

sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederán los recursos de apelación o anulación (según el dispositivo legal aplicable), y no el proceso de amparo.

La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en la sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación, según corresponda.

Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Como excepción a la regla general de improcedencia del amparo (por la existencia de otras vías específicas igualmente satisfactorias), no se declara la improcedencia del amparo arbitral en los siguientes supuestos:

Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la

afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071 (sujeto cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado; también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos).

Para que proceda en los primeros dos supuestos, resulta necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que este haya sido desestimado, por lo que tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, constituyen el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos antes indicados puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia; sin embargo, no habilita al juez o al Tribunal Constitucional para resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

Es posible el control difuso en sede arbitral, el cual se rige por las disposiciones del artículo VI del Título

Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por el Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

Amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura

El artículo 142 de la Constitución peruana vigente establece que no son revisables las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

Dicho artículo ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en repetidas oportunidades derivando en que no resulta posible la existencia de un ámbito exento de control constitucional, ante la vulneración de derechos constitucionales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional estimó demandas de amparo por entender que el proceso de ratificación al que se encuentran sometidos los jueces o fiscales en nuestro país debía realizarse necesariamente una vez transcurridos los siete años que prevé el artículo 154, inciso 2 de la Constitución, plazo que se computa desde la vigencia de la Constitución de 1993 y sin comprender los periodos en que jueces o fiscales

hayan sido suspendidos o removidos del ejercicio de su función (STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC). De igual manera, por el incumplimiento de la exigencia de audiencia del afectado para formular descargos, aunque solo ordena que debe concederse audiencia mas sin invalidar la no ratificación en el cargo efectuada por el Consejo Nacional de la Magistratura (STC Exp. N° 2859-2002-AA/TC).

Por su parte, en lo referido a la ausencia de motivación de la decisión de no ratificación en el cargo, si bien, en un primer momento, el Tribunal Constitucional señaló que el ejercicio de esta competencia respondía a un estricto "criterio de conciencia" que liberaba del deber de motivación (STC Exp. N° 1941-2002-AA/TC), posteriormente cambió de criterio, primero solo como requisito ineludible en dichas resoluciones pero con efectos hacia el futuro (STC Exp. N° 3361-2004-AA/TC) y, posteriormente, con carácter de precedente vinculante, como parámetro de alcance general para toda decisión del Consejo Nacional de la Magistratura sobre esta materia (STC Exp. N° 01412-2007-PA/TC).

Ello también se encuentra plasmado en el artículo 5, inciso 7 del Código Procesal Constitucional que establece que no procede la demanda de amparo cuando se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones sean motivadas y dictadas con audiencia del interesado.

Amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones

De una interpretación literal de los artículos 142 y 181 de la Constitución vigente parece derivarse indefectiblemente la improcedencia de un recurso contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones, en materia electoral.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que dicho criterio solo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución, por lo que si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales, procede, de manera legítima, el amparo (STC Exp. N° 2366-2003-AA/TC).

El Código Procesal Constitucional, en su versión original, incluyó una disposición sobre la materia en el artículo 5, inciso 8. En ese sentido, se señalaba que no procedía el amparo cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva, así como tampoco contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Durante la vigencia de dicho artículo, el Tribunal Constitucional ratificó

nuevamente su criterio previo al señalar que toda interpretación de los artículos 142 y 181 de la Constitución en el sentido de considerar que una resolución del Jurado Nacional de Elecciones que afecta derechos fundamentales se encuentra exenta de control constitucional a través del amparo, es una interpretación inconstitucional y que cada vez que el Jurado Nacional de Elecciones emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente, pero sin que ello permita la suspensión del cronograma electoral (STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC).

Posteriormente a ello, se aprobó una modificatoria del artículo 5, inciso 8 del Código Procesal Constitucional (mediante Ley N° 28642) en la que se preveía que no procede el amparo cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum, o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Al respecto, el citado artículo indicaba también que las resoluciones en contrario de cualquier autoridad no surtían efecto legal alguno y también que la materia electoral comprendía los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conocía el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva.

Posteriormente a ello, la citada modificatoria no fue aplicada por el Tribunal Constitucional en un caso que debió conocer al señalar que no se encontraba vigente al momento de interposición de la demanda

(STC Exp. N° 2730-2006-PA/TC). Sin embargo, es finalmente eliminada del ordenamiento jurídico luego de su declaratoria de inconstitucionalidad al reiterar su criterio previamente sentado sobre el particular (STC Exp. N° 007-2007-PI/TC).

Por lo tanto, a la fecha se continúan revisando resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en caso estas impliquen la “flagrante vulneración de derechos fundamentales”, aunque con el límite de no afectar el cronograma electoral (por ejemplo, en lo referido a la procedencia del referéndum para someter a consulta la devolución el Fondo Nacional de Vivienda, STC Exp. N° 01078-2007-PA/TC; criterio recientemente reiterado en la STC Exp. 0002-2011-PCC/TC).

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional.* Jurista, Lima, 2005.
- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *El proceso constitucional de amparo.* Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

PROCESO DE CUMPLIMIENTO

Proceso que se tramita cuando una autoridad o funcionario se muestra renuente a dar cumplimiento a una norma legal o ejecutar un acto administrativo firme; o se niega a pronunciarse expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Tiene como principal antecedente el denominado *writ of mandamus*, que es un proceso proveniente

del Derecho sajón que permite obtener un mandato judicial en virtud del cual se ordena a una autoridad que cumpla con sus obligaciones. El origen del *writ of mandamus* se remonta al siglo XIV.

En el Perú, ha sido incorporado por primera vez en la Constitución de 1993, junto a los demás procesos constitucionales (artículo 200, inciso 6). Esto ha dado lugar a un interesante debate a nivel de la doctrina pues un sector de ella ha entendido que –en sentido estricto– no se trata de un proceso constitucional, sino de un proceso *constitucionalizado*. Ello debido a que el proceso de cumplimiento no tendría por objeto garantizar, de modo inmediato y directo, la tutela de un derecho fundamental o el principio de supremacía constitucional.

Si bien, en un primer momento, esta tesis fue compartida por el Tribunal Constitucional peruano (STC Exp. N° 0191-2003-AC/TC), luego el Tribunal cambió de criterio (STC Exp. N° 0168-2005-AC/TC) e interpretó que el proceso de cumplimiento sí tiene por objeto la protección de un derecho fundamental, que es el derecho a “asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”. Este derecho fundamental no enumerado ha sido incorporado al ordenamiento en virtud del artículo 3 de la Constitución.

Sin embargo, para algunos autores, la relación que existe entre los principios consagrados en el artículo 3 de la Constitución y el derecho a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos es tan indirecta y secundaria, que no permite justificar la existencia de un derecho fundamental implícito. Por este motivo, la naturaleza

del proceso de cumplimiento no constituye un tema pacífico.

Finalmente, se ha interpretado que, para que el cumplimiento de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes, como son: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro; c) no debe estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) debe ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; e) debe ser incondicional (salvo que la satisfacción de la condición no sea compleja y no requiera de actuación probatoria).

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, el acto administrativo deberá: a) reconocer un derecho inquestionable del reclamante; b) permitir individualizar al beneficiario (STC Exp. N° 168-2005-PC/TC).

Legitimidad para obrar activa en el ~

La legitimidad para obrar activa alude a la posición habilitante que tiene un sujeto para formular una determinada pretensión (legitimidad para obrar activa), de manera que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse válidamente sobre el fondo del asunto, independientemente del resultado del proceso, es decir, de si se acoge o no la pretensión del demandante.

La legitimidad para obrar activa en el proceso de cumplimiento ha sido regulada por el artículo 67 del Código Procesal Constitucional, que establece un tratamiento diferenciado para los casos en los cuales se pretenda hacer efectivo el cumplimiento de un acto administrativo, puesto que en este supuesto solo tendrá legitimidad para obrar activa la persona a cuyo favor se expidió el acto o quien invoque interés para el cumplimiento del deber omitido.

Distinto es el caso cuando la demanda tiene por objeto el cumplimiento de una norma legal o reglamentaria, puesto que en estos casos el *mandamus* tiene efectos generales, por derivar de una ley o reglamento. En este caso cualquier persona goza de legitimidad para interponer la demanda correspondiente.

El Código señala también que, tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Al respecto, cabe precisar que mientras los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas indeterminadas, que no guardan entre ellas ningún vínculo jurídico y cuya relación deriva de razones de hecho contingentes (como consumir el mismo producto o vivir en una misma zona); los intereses colectivos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que pueden ser determinadas y que guardan entre ellas algún vínculo jurídico. Atendiendo a esta diferencia, se ha señalado que la legitimación que la ley confiere a “cualquier persona”,

no podría tener la misma amplitud en ambos supuestos, dado que si los intereses colectivos involucran solo a un grupo determinable de sujetos, entonces parece razonable pensar que la legitimación otorgada solo alcance a quienes resulten, individual o colectivamente, lesionados en sus derechos e intereses subjetivos.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo tiene legitimidad para obrar activa en este proceso constitucional, de conformidad con el artículo 67 del Código Procesal Constitucional y el artículo 9, inciso 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Legitimidad para obrar pasiva en el ~

La legitimidad para obrar pasiva alude a la posición habilitante que tiene un determinado sujeto para que contra él se formule una determinada pretensión, de manera que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse válidamente sobre el fondo del asunto, independientemente del resultado del proceso, es decir, de si se acoge o no la pretensión del demandante.

Según el artículo 68 del Código Procesal Constitucional, concordante con el artículo 200, inciso 6 de la Constitución, la demanda de cumplimiento puede ser válidamente instaurada contra la autoridad o funcionario reuente de la Administración Pública al que corresponda el cumplimiento de una norma legal o la ejecución de un acto administrativo.

Asimismo, de acuerdo al citado artículo del Código, si el demandado

no es la autoridad obligada, aquel deberá informarlo al juez indicando la autoridad a quien corresponde su cumplimiento. Si existiera duda, el proceso continuará con las autoridades respecto de las cuales se interpuso la demanda. En todo caso, el Código señala que el juez deberá emplazar a la autoridad que, de acuerdo al ordenamiento, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que existen determinadas exclusiones que derivan del Código Procesal Constitucional. Así por ejemplo, el artículo 70, inciso 1 de dicho cuerpo normativo señala que no procede el proceso de cumplimiento contra las resoluciones dictadas por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones, de modo que estos sujetos no cuentan con legitimidad para obrar pasiva en este proceso.

Asimismo, en virtud del artículo 70, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, no procede el proceso de cumplimiento contra el Congreso de la República para exigir la aprobación o la insistencia de una ley; por tanto, en el supuesto descrito, el Congreso de la República tampoco cuenta con legitimidad para obrar pasiva en este proceso constitucional.

Ausencia de vía previa en el ~

Antes de la vigencia del Código Procesal Constitucional, la exigencia del agotamiento de las vías previas era aplicable al proceso de cumplimiento, de conformidad con el artículo 5 de la Ley N° 26301, Ley de hábeas

data y acción de cumplimiento (hoy derogada). Asimismo, esta ley denominó vía previa a la exigencia de remitir una carta notarial a la otra parte antes de interponer la demanda correspondiente. Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional., es decir a partir del 1 de diciembre de 2004, se ha suprimido expresamente esta exigencia (artículo 69 del Código) y se ha sustituido la obligación de remitir una carta notarial, por la de contar con un documento de fecha cierta que acredite que el demandante ha reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que el demandado se ha ratificado en su incumplimiento o no ha contestado dentro del plazo previsto (diez días útiles contados a partir del día siguiente de la presentación de la solicitud).

En consecuencia, la obligación de remitir un documento de fecha cierta a la otra parte no se considera, en estricto, una vía previa, sino un requisito especial de la demanda.

Bibliografía consultada

- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Comentarios al Código Procesal Constitucional.* Tomo I, Palestra, Lima, 2006.
- **CARPIO MARCOS, Edgar.** "La acción de cumplimiento". En: AA. VV. *Derecho Procesal Constitucional.* Susana Ynés Castañeda Otsu (coordinadores), tomo II, segunda edición, Jurista, Lima, 2004.
- **MONTERO AROCA, Juan.** *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él).* Civitas, Madrid, 1994.

PROCESO DE HÁBEAS CORPUS

El hábeas corpus es el proceso constitucional encargado de la protección del derecho a la libertad personal y sus derechos conexos. Procede ante hecho u omisión, de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos antes mencionados.

■ Derechos protegidos por el ~

La posibilidad de tutela de los "derechos conexos" por el hábeas corpus implica que su ámbito de protección no se limita a cubrir solo el derecho a la libertad sino que se expande para cubrir los otros derechos fundamentales íntimamente relacionados con este, por lo que si bien incluye la libertad física propiamente dicha, también incorpora la libertad de movimiento, la libertad de tránsito y al derecho a la integridad personal. De igual manera, el derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran en establecimientos públicos o privados (STC Exp. N° 6218-2007-PHC/TC).

En la misma línea, el artículo 25 del Código Procesal Constitucional enumera el listado de derechos susceptibles de tutela por este proceso constitucional (por entender que conforman la libertad personal o ser conexos a ella), pero sin pretender que se trate de una relación cerrada o completa, sino que indica que se

trata de una “lista enunciativa”. En tal sentido, los derechos que se prevén expresamente son los siguientes:

- La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones.
- El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme.
- El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería.
- El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado.
- El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad.
- El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.
- El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia.
- El derecho a no ser detenido por deudas.
- El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República.
- El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción.
- El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.
- El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez.
- El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución.
- El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada.

- El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena.
- Los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

Al evaluar la procedencia de este proceso, el Tribunal Constitucional ha determinado que sí cabe el rechazo liminar de una demanda cuando: a) se cuestione una resolución judicial que no sea firme (artículo 4 del CPConst.); b) los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1 del CPConst.), y c) a la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o esta se haya convertido en irreparable (art. 5.5 del CP Const.), entre otros supuestos. Ello es así porque la configuración de una causal de improcedencia específicamente descrita en la norma hace viable por necesaria el rechazo de una demanda de hábeas corpus que se encuentra condenada al fracaso y que restringe la atención oportuna de otras demandas que merecen un pronunciamiento oportuno por el fondo (STC Exp. N° 6218-2007-PHC/TC).

Contenido constitucionalmente protegido de los derechos en el ~

El artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional establece que no

procede el hábeas corpus cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Para determinar el cumplimiento de este requisito de procedencia en el proceso de hábeas corpus, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que resulta necesario el examen en -tres pasos de evaluación conjunta- (STC Exp. N° 6218-2007-PHC/TC).

- a. En primer lugar, el juez constitucional debe identificar el derecho o derechos que expresa o implícitamente podrían verse afectados por los actos arbitrarios que son demandados. Se sostiene que implica dejar de lado las interpretaciones formalistas y literales de los derechos presuntamente afectados para dar paso a la búsqueda e identificación de aquellos otros derechos fundamentales, que si bien no hubiesen sido mencionados expresamente en la demanda, son plenamente identificables desde una lectura atenta de los hechos contenidos en la demanda.
- b. En segundo lugar, el juez constitucional debe identificar la verdadera pretensión del demandante. Para ello debe tenerse presente no solo el petitorio sino también todos los hechos alegados en la demanda, es decir, que la demanda debe ser examinada en su conjunto.
- c. En tercer lugar, el juez constitucional deberá analizar si la verdadera pretensión del demandante forma parte del contenido constitucionalmente protegido de

algunos de los derechos fundamentales que son objeto de tutela del proceso de hábeas corpus. Si la pretensión no busca proteger tal contenido, la demanda debe ser declarada improcedente.

■ Tipos de ~

Frente a los derechos tutelados por este proceso, el Tribunal Constitucional, de un análisis de la evolución de este proceso frente a los casos sometidos a su conocimiento, ha elaborado una tipología de hábeas corpus en la que ha identificado, con carácter enunciativo y no como lista cerrada, los siguientes tipos (STC Exp. N° 2663-2003-HC/TC), los cuales, en algunos casos, tienen actualmente un correlato expreso en el Código Procesal Constitucional:

a) *Hábeas corpus reparador*

Es el tipo clásico, para reponer la libertad de una persona detenida o retenida (por funcionarios o particulares) indebidamente. Se utiliza cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de uno de los siguientes supuestos: i) una orden policial; ii) un mandato judicial en sentido lato (emitido por un juez penal, civil o militar); iii) una decisión de un particular sobre el internamiento de un tercero en un centro psiquiátrico sin el previo proceso formal de interdicción civil; iv) una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúe en reclusión pese a haberse cumplido la pena; v) por sanciones disciplinarias

privativas de la libertad; y, vi) otras posibles detenciones indebidas.

Los alcances de este tipo de hábeas corpus se encontrarían en el inciso 7 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, que prevé su procedencia frente al derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de conformidad con el literal f del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan.

En este supuesto, de conformidad según el artículo 30 del Código Procesal Constitucional, el juez resolverá de inmediato, para lo cual podrá constituirse en el lugar de los hechos y, verificada la detención indebida, ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, de lo que deja constancia en el acta correspondiente y sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial.

b) *Hábeas corpus restringido*

Se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a

no privarse de la libertad al sujeto, "se le limita en menor grado".

Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio; la vigilancia domiciliaria constante; los impedimentos de salida del país o de concurrir a determinados lugares; entre otros.

Esta modalidad de hábeas corpus estaría recogida, para algunos supuestos, en los incisos 6 y 13 del artículo 25 del Código Procesal Constitucional, que incluyen dentro del contenido de la libertad personal el derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad; y el derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o injustificados.

c) *Hábeas corpus correctivo*

Se utiliza cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen las penas privativas de la libertad. Lo que pretende es proteger a la persona que cumple alguna forma de detención o pena, frente a conductas o tratos carentes de razonabilidad y proporcionalidad.

Bajo esta modalidad se protegen, entre otros, los siguientes derechos: el derecho a la vida, la integridad física y psicológica, o del derecho a la salud de los reclusos o personas que se encuentran bajo una especial relación de sujeción internados en establecimientos de tratamiento públicos o privados; el derecho al trato digno o la tutela frente a tortura (acto realizado intencionalmente por el cual se infrinjan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin), tratos inhumanos (siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad) o degradantes (si las formas de la pena y su ejecución traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena); arbitraria restricción del derecho de visita familiar a los reclusos; ilegitimidad del traslado de un recluso de un establecimiento penitenciario a otro; y por la determinación penitenciaria de cohabitación en un mismo ambiente de reos en cárcel de procesados y condenados.

En el Código Procesal Constitucional, este tipo de hábeas corpus tendría su correlato en el inciso 17 del artículo 25 que incluye dentro de su contenido protegido el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad

respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena. De ello deriva además que se prevea expresamente, en el artículo 34 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, que la sentencia que declare fundada la demanda pueda incluir que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, se ordene cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían.

d) *Hábeas corpus preventivo*

Este tipo de hábeas corpus procede ante la amenaza cierta e inminente de que se produzca una vulneración (como restricción inconstitucional o ilegal) del derecho a la libertad personal, acto de vulneración que debe encontrarse en proceso de ejecución, para evitar que la amenaza sea conjetural o presunta.

Este tipo se deriva directamente del artículo 200, inciso 1 de la Constitución que permite que este proceso tutele también frente a la amenaza a la libertad personal o sus derechos conexo, así como en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, que habilita también este proceso frente a la amenaza, la que se señala que debe ser cierta y de inminente realización.

e) *Hábeas corpus traslativo*

Procede al alegar una excesiva demora en la tramitación de un

proceso judicial o de cualquier tipo de mora (administrativa -policial o penitenciaria- u otra) que derive en que se prolongue en el tiempo y de manera injustificada la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido (STC Exp. N° 06423-2007-PHC/TC).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional peruano (STC Exp. N° 2915-2004-HC/TC) ha establecido que la valoración de la duración por un “plazo razonable” de un proceso judicial exige que el juez penal evalúe los siguientes criterios: i) actuación de los órganos judiciales (“prioridad y diligencia debida”); ii) complejidad del asunto (según la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que derive, de manera objetiva, en que la dilucidación de la causa resulte complicada y difícil); y, iii) actividad procesal del detenido (para distinguir entre el uso regular de los medios procesales previstos en la ley y la conducta obstruccionista del imputado, que reflejaría su mala fe, lo que no es admitido por el orden constitucional), lo que posteriormente ha establecido como precedente vinculante, en aplicación del artículo VII del

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (STC Exp. N° 3771-2004-HC/TC).

Adicionalmente, se ha previsto una distinción entre el “plazo máximo de detención” (24 horas como regla general, y 15 días para determinados delitos) y el “plazo estrictamente necesario de detención”. En tal sentido, indica, con carácter de precedente vinculante, que el plazo de la detención que establece la Constitución es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero que no es el único plazo, pues también existe el plazo estrictamente necesario de la detención, que es el que determina el límite máximo de la detención, y que se define para cada caso concreto, en función del periodo requerido para realizar las diligencias y actuaciones necesarias (regla sustancial); lo que resulta oponible frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad, por lo que corresponde que la autoridad competente (el juez o el representante del Ministerio Público) efectúe un control de plazos, para, de ser el caso, adoptar las medidas correctivas requeridas (regla procesal).

Al respecto, el Código Procesal Constitucional señala, en el artículo 25, inciso 14, que se encuentra dentro del ámbito de protección del proceso de hábeas corpus el derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 34, inciso

3 de dicho cuerpo normativo, al precisar que la sentencia que declara fundada la demanda puede contener una disposición referida a que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

f) *Hábeas corpus instructivo*

Este tipo de hábeas corpus se utiliza cuando no se ubique el paradero de una persona detenida - desaparecida. Por lo tanto, busca garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

En este caso, el juez constitucional, a partir de las indagaciones sobre el paradero del detenido -desaparecido, en el marco de la investigación sumaria, busca identificar a los responsables, para su posterior proceso y sanción penal en la vía ordinaria; sin embargo, ante la ausencia de etapa probatoria puede disponer que la investigación requerida para la identificación del responsable y la ubicación de la víctima y sus restos se pueda iniciar y culminar ante los órganos competentes (STC Exp. N° 2488-2002-HC/TC).

Para este supuesto, el Código Procesal Constitucional establece, en su artículo 25, inciso 16, que el proceso de hábeas corpus protege el derecho a no ser objeto de una desaparición forzada. También

genera una exigencia adicional en el trámite de los casos de desaparición forzada que, de conformidad con el artículo 32 del citado cuerpo normativo, plantea que si la autoridad, funcionario o persona demandada no proporcionan elementos de juicio satisfactorios sobre su paradero o destino, el juez deberá adoptar todas las medidas necesarias que conduzcan a su hallazgo, pudiendo incluso comisionar a jueces del distrito judicial donde se presume que la persona pueda estar detenida para que las practiquen. Asimismo, el juez debe dar aviso de la demanda de hábeas corpus al Ministerio Público para que realice las investigaciones correspondientes. Adicionalmente, si la agresión se imputa a algún miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, el juez solicitará, además, a la autoridad superior del presunto agresor de la zona en la cual la desaparición ha ocurrido, que informe dentro del plazo de 24 horas si es cierta o no la vulneración de la libertad y proporcione el nombre de la autoridad que la hubiere ordenado o ejecutado.

g) *Hábeas corpus innovativo*

Se configura si, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro contra quien promovió el proceso.

En ese sentido, el artículo 1 del Código Procesal Constitucional establece que si, luego de presentada la demanda cesa la agresión

o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el juez, en función del agravio producido, declara fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código (multas fijas o acumulativas o destitución), sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

En tal supuesto, como indica el artículo 34, inciso 4 del Código, la resolución que declare fundada la demanda de hábeas corpus dispondrá, en relación con este tipo de hábeas corpus, que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

h) *Hábeas corpus conexo*

Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores, tales como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, entre otros, por su grado razonable de vínculo y enlace con el derecho a la libertad personal.

Frente a ello, se ha presentado la estimación de una demanda de

hábeas corpus, por la amenaza de los derechos a la vida, integridad personal y salud, en tanto se trasladó a una persona de edad avanzada (90 años) a un establecimiento de salud que no contaba con las atenciones médicas necesarias de especialidad e infraestructura que sí presentaba el centro de salud en que se encontraba previamente (STC Exp. N° 06057-2007-PHC/TC).

■ ~ contra resoluciones judiciales

El artículo 200, inciso 1 de la Constitución hace referencia a que el hábeas corpus procede frente a la vulneración o amenaza proveniente de cualquier autoridad, funcionario o persona, sin excluir de la noción de “autoridad” a los órganos jurisdiccionales. Así lo entendió también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC), razón por la cual se entendió que procedía el hábeas corpus contra resoluciones judiciales. Ello no habilitaba a un nuevo análisis del fondo del asunto, sino que cualquier eventual cuestionamiento debía ser objeto de impugnación mediante los recursos regulados al interior de cada proceso ordinario.

Por lo tanto, se entendió que las pretensiones dirigidas a cuestionar la aplicación de una norma de rango legal, así como la labor de subsunción de los hechos investigados en el tipo penal correspondiente debían ser declaradas improcedentes por ser aspectos que correspondía dilucidar al juez ordinario, en el marco de sus atribuciones conferidas por la

Constitución y la ley. Sin embargo, se habilitó a un control constitucional excepcional por afectación del principio de legalidad penal en los casos en que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema de valores (STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC).

Ahora bien, el Código Procesal Constitucional también regula esta materia, pues su artículo 4 establece que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Además prevé qué debe entenderse por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Frente a ello, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional, la admisión a trámite de un hábeas corpus

que cuestiona una resolución judicial solo procede cuando: a) existe resolución judicial firme; b) existe vulneración manifiesta; c) dicha vulneración sea contra la libertad individual y la tutela procesal efectiva. Como correlato de ello, es improcedente (y habilita al rechazo liminar) cuando: a) la resolución judicial no es firme (como sucede en el auto apertorio de instrucción); b) la vulneración no es manifiesta; y, c) no se agravia la tutela procesal efectiva (STC Exp. N° 04205-2007-HC/TC).

En ese sentido, conforme la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el proceso de hábeas corpus no puede servir para determinar la responsabilidad penal de los procesados, ni valorar las pruebas con las que se acreditaría o no su responsabilidad (STC Exp. N° 01960-2011-PHC/TC).

En relación con la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas, si bien se trata de una garantía de la función jurisdiccional y un correlativo derecho del justiciable (para el ejercicio de su derecho de defensa), el Tribunal Constitucional ha precisado que la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (STC Exp. N° 1230-2002-HC/TC).

~ durante regímenes de excepción

Dentro de esta materia se evalúa la procedencia de una demanda de hábeas corpus en el marco de la declaratoria de los estados de excepción, regulados en el artículo 137 de la Constitución peruana vigente (estado de emergencia y estado de sitio).

Al respecto, debe indicarse que el artículo 200 de la Constitución prevé, en sus dos últimos párrafos, que el ejercicio del hábeas corpus no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción antes mencionados, sino que, cuando se interponen demandas para iniciar este proceso en relación con derechos restringidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo, sin admitir la posibilidad de que el juez ingrese a cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

De lo expuesto, deriva que la Constitución peruana no asume la denegatoria del control en el marco de los regímenes de excepción, pero tampoco un posible control total de estos regímenes (incluso de la razón de su declaratoria), sino que admite un control parcial enmarcado en la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. En ese sentido, se permite incluso que se interpongan demandas de hábeas corpus en relación con los derechos restringidos en cada uno de estos regímenes de excepción (en estado de emergencia, libertad y seguridad personales, inviolabilidad del domicilio, y libertad de reunión y de

tránsito en el territorio; en estado de sitio, cualquier derecho con mención expresa de aquellos que no se restringen), pero lo que deberá valorarse es, en líneas generales, si la concreta restricción tiene relación con la finalidad de la declaratoria del régimen de excepción y si los medios que se adoptan resultan los más útiles para el fin, idóneos para su consecución y los menos lesivos de derechos existentes para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo que se propone (razonabilidad y proporcionalidad).

Esta interpretación se apoya además, en el ámbito supranacional, en lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Sin embargo, en el segundo párrafo, precisa inmediatamente que ello no autoriza a la suspensión de los derechos en determinados artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad);

12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus opiniones consultivas 8 y 9, ha precisado que el “recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes para el amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales”(artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) puede entenderse como el proceso de hábeas corpus y que este no puede suspenderse en ningún supuesto por tratarse de garantías indispensables para proteger derechos y libertades.

En el artículo 23 del Código Procesal Constitucional se señala que el proceso de hábeas corpus no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción. A ello agrega que cuando se interponen en relación con derechos suspendidos, el órgano jurisdiccional examinará la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, en referencia a los siguientes criterios: a) si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos; b) si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas o motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción; c) si

tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación de hecho evaluada sumariamente por el juez. Además, se indica que la suspensión de los derechos constitucionales tendrá vigencia y alcance únicamente en los ámbitos geográficos especificados en el decreto que declara el régimen de excepción.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional.* Jurista, Lima, 2005.
- **DONAYRE MONTESINOS, Christian.** *El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.* Lima, Jurista, 2005.
- ▶ **Voz relacionada:** Derecho a la libertad personal.

PROCESO DE HÁBEAS DATA

El proceso de hábeas data, conocido originalmente como garantía o acción de hábeas data, es un proceso constitucional reciente en la historia del Derecho peruano. Incorporado al ordenamiento nacional a partir de la vigente Constitución de 1993, es un recurso que garantiza la defensa de los derechos de acceso a la información pública y de autodeterminación informativa, que se encuentran contemplados respectivamente en el artículo 2, inciso 5 e inciso 6 de la Carta Magna.

La existencia de este proceso es consecuencia de grandes fenómenos sociales

que han reconfigurado el mundo en lo que se ha venido a denominar la sociedad de la tecnología, de la información y de las comunicaciones (TIC). Dichos cambios, que han tenido lugar en el primer mundo a partir de los años setenta y que producen el auge paulatino de las telecomunicaciones, así como la informatización y computarización de la sociedad, ocasionan la creación de nuevas vías legales para la protección de datos de las personas que, ante la vorágine presente en las actuales sociedades que obtienen, registran y procesan los distintos datos existentes en sistemas informáticos públicos y privados, desean resguardar información personal o de suma confidencialidad. Así surge en los países más avanzados recursos para la protección de datos, y en Latinoamérica adquiere el *nomen iuris* de *hábeas data* de forma pionera en la Constitución brasileña de 1988, que lo configura como un proceso constitucional.

En el caso peruano, su reconocimiento como proceso a partir de la Constitución de 1993 alcanzaba, en un primer momento, además de la tutela de los derechos de acceso a la información y de autodeterminación informativa, el derecho a la intimidad de las personas (artículo 2, inciso 7 de la Constitución); de tal forma que el proceso de hábeas data fue muy criticado por incluir un supuesto complejo como era el de intimidad y derecho a la rectificación, que desnaturalizaba el objeto de la acción planteada. No obstante, este último causal fue retirado en 1995, por ser contraproducente mezclar las garantías referidas a los derechos de información con los derechos de comunicación.

Posteriormente, con la dación del Código Procesal Constitucional, quedaron

claramente definidas las reglas para el proceso de hábeas data, así como las causales generales para su interposición. Son básicamente dos pretensiones las que se persiguen con su interposición: a) el derecho a poder solicitar información de cualquier dependencia pública o de otras entidades que respondan a dicho sector; y, b) el derecho a que las personas naturales y jurídicas no suministren determinada información que pueda afectar la intimidad personal y familiar de cualquier persona.

Cabe mencionar que si se toma en cuenta que según la doctrina los procesos de hábeas data surgieron en estricto para la protección personal de datos o lo que en nuestro ordenamiento se conoce como la tutela de la autodeterminación informativa; la incorporación de la tutela del derecho al acceso a la información, convierte al hábeas data peruano, en un proceso sui generis que en doctrina se le conoce con el nombre de hábeas data impropio. Tenemos así que el proceso de hábeas data regulado en el ordenamiento peruano, procede contra la actuación u omisión de cualquier funcionario, persona o autoridad que amenace o vulnere los derechos a solicitar información de cualquier entidad pública; así como el de impedir que los servicios informáticos, sean computarizados o no, sean públicos o privados, suministren información que puede afectar la intimidad personal o familiar del sujeto afectado.

■ Derechos protegidos por el ~

Ya se mencionó que los derechos que el proceso del hábeas data se encarga de tutelar, se encuentran recogidos en el artículo 2, inciso 5 y en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución. A

continuación, presentamos un desarrollo panorámico de cómo este proceso garantiza dichos derechos fundamentales.

En relación con el derecho al acceso a la información (artículo 2, inc. 5); la pretensión comprende la posibilidad de que toda persona pueda solicitar sin expresión de causa la información pública que requiere; y por otro lado, que dicha información que proporcione el Estado sea completa, clara y actual. El presupuesto para demandar tal acción mediante un proceso de hábeas data, es que dicha información haya sido emitida, procesada o conservada en el Estado. Cabe aclarar además, que dicho derecho sólo comprende a la documentación expedida por la propia dependencia estatal, y que ésta tiene el deber de conservar.

La base para el recurso se encuentra en el derecho fundamental reconocido en el artículo 2, inciso 5 de la Const. y que faculta a toda persona a poder solicitar sin expresión de causa alguna, aquella información que obre en poder de las entidades públicas. De tal forma que del derecho en mención se desprende que el proceso de hábeas data servirá para garantizar el acceso a los datos consignados o registrados en el Estado, sean personales o información general de dominio público, y ello alcanza tanto a los bancos de datos informáticos o tradicionales. Sin embargo, se encuentran exceptuados de la obligación de difusión, la información estrictamente referida a seguridad nacional, de contenido íntimo o alguna otra que la ley prescribiera. Así, mediante el hábeas

data, tanto el principio de publicidad como el de transparencia, principios básicos en un Estado democrático se aplican en la actuación de la Administración Pública.

En relación con el derecho a la autodeterminación informativa, (artículo 2, inciso 6); en este caso, la pretensión comprende la posibilidad de que: 1) se acceda a los registros con los datos personales de determinada persona 2) se permita actualizar determinada información que atañe a los datos de una persona; 3) se pueda rectificar determinada información que no es exacta sobre los datos de una persona; y, 4) se excluya información concerniente a los datos de una persona.

En todos estos casos mencionados, el derecho a la autodeterminación informativa reconocido en el artículo 2, inciso 6 de la Constitución es la base para entablar la pretensión mediante el hábeas data. El derecho de autodeterminación informativa supone la facultad que tenemos todos de acceder a los bancos de datos que posean nuestra información personal para corregirla, o actualizarla si fuera el caso, así como para excluir aquella información que afecte nuestra intimidad, como pueden ser los datos relacionados con nuestro origen, pasado, filiación política, convicción religiosa, opción sexual, salud, etc. De esta forma, el hábeas data se encarga de efectivizar este derecho, permitiendo saber qué está registrado en un banco de datos, así como saber para qué se registro y quién lo hizo. Igualmente, se puede adicionar o completar información; o en su defecto rectificarla o cancelarla.

Cabe mencionar que si bien el derecho a la autodeterminación informativa permite examinar la información personal obrante en banco de datos; es un derecho autónomo y distinguible de los derechos a la intimidad personal y familiar, de imagen e identidad.

■ Tipología del ~

La doctrina ha establecido que hay una amplia gama o tipos de hábeas data. Puccinelli menciona que en Latinoamérica, existen varios mecanismos para la protección de datos, y que incluso, en casos excepcionales como el de Perú, estos instrumentos se extienden a tutelar el derecho de acceso a la información. Es claro, que la acción procesal de habeas data es el instrumento que en sede judicial reivindica de mejor manera, los derechos afectados por el almacenamiento, procesamiento y suministro indiscriminado de datos. El hábeas data abre un abanico de posibilidades de protección en la práctica, pues su amplio margen de acción, permite articular diversas pretensiones y amplios supuestos de tutela vía este recurso. A continuación presentamos la clasificación de hábeas data que la doctrina jurisprudencial recoge, considerando previamente la división entre hábeas data *propia e impropia*, siendo estrictamente del *hábeas data propio* del que se desprenden once subtipos de hábeas data:

- *Hábeas corpus propio*; referido propiamente a los protección de datos y el derecho a la autodeterminación informativa.

- *Hábeas data informativo*; destinado a procurar básicamente el acceso a determinada información, pero sin operar en absoluto sobre ella.
- *Hábeas data aditivo*; cuya finalidad es agregar más datos en el sistema de información personal que es registrado.
- *Hábeas data rectificador o correctivo*; cuya finalidad es corregir los datos falsos que el sistema de información personal almacene, o de rectificar aquellos inexactos e imprecisos.
- *Hábeas data exclusorio o cancelatorio*; cuya finalidad es eliminar total o parcialmente datos personales almacenados en determinado sistema de información.
- *Hábeas data reservador*; destinado a asegurar la confidencialidad de datos personales almacenados, y cuyo uso será solo previa autorización legal.
- *Hábeas data disociador*; cuya finalidad es separar los datos de determinada persona y la identidad de su titular, de tal forma que solo haya acceso a sus características más no al nombre.
- *Hábeas data encriptador*; destinado a poder aplicar técnicas de encriptación para reforzar la seguridad e inaccesibilidad de determinados datos personales.
- *Hábeas data bloqueador*; destinado a asegurar el bloqueo de determinados registros personales.
- *Hábeas data asegurador*; cuya finalidad es asegurar mediante constatación judicial, las supuestas condiciones técnicas que aseguran la confidencialidad de datos de un sistema de información.
- *Hábeas data impugnativo*; destinado a impugnar determinadas interpretaciones o valoraciones que se hacen sobre el perfil de una persona en los registros de datos.
- *Hábeas data resarcitorio*; cuya finalidad es reparar la vulneración del derecho a la protección de datos también mediante su indemnización.
- *Hábeas corpus impropio*; referido al proceso que incorpora junto a la tutela del derecho de autodeterminación informativa, el derecho de acceso a la información.

■ Procedencia de la demanda y competencia judicial en el ~

La demanda de hábeas data procede cuando se constata la vulneración de los derechos tutelados por este proceso (el acceso a la información y la autodeterminación informativa), conforme se ha descrito en el apartado de derechos protegidos. En el caso se trate de una amenaza de violación de estos derechos, esta debe ser real, es decir, cierta y de inminente realización para que la demanda interpuesta pueda proceder.

Asimismo, el órgano jurisdiccional que es competente para conocer la demanda de hábeas data en primera instancia es el juzgado civil o mixto de donde se afectó el Derecho, o en todo caso donde tiene su domicilio el afectado.

■ Legitimación procesal y representación en el ~

En el proceso de hábeas data, toda persona está facultada para interponer la demanda por la afectación del derecho de acceso a la información y acudir así en busca de tutela. En el caso de la protección de la autodeterminación informativa la interposición es estrictamente de la persona afectada.

Respecto a la legitimidad para obrar, es claro que está abierta la posibilidad para que las distintas personas establezcan una determinada pretensión en un proceso, sea formulando una demanda (legitimidad activa) o contradiciéndola (pasiva). De otro lado, existe la posibilidad de intervención de terceros en el proceso o de la Defensoría del Pueblo como *amicus curiae* para aportar una opinión especializada o alguna información que se considere relevante para el proceso.

■ Requisitos de la demanda y contestación de la demanda en el ~

La demanda es interpuesta por quienes consideran vulnerados los derechos protegidos por el hábeas data, y puede hacerlo directamente o mediante representación procesal. Hay que señalar que existe un requisito especial que contempla la demanda y que prevé que previamente el demandante haya reclamado por documento de fecha cierta, el respeto de los derechos afectados y que el demandado se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado

dentro de los diez días útiles siguientes si se trata de la afectación de derecho de acceso a la información o dentro de dos días útiles en el caso de tratarse de la afectación del derecho a la autodeterminación informativa. Fuera de ello, no será necesario agotar la vía administrativa que pudiera existir.

Por lo demás, los requisitos formales son los mismos que el del *proceso de amparo*. La contestación se da en un plazo máximo de cinco días, luego de correr traslado de la demanda.

■ Trámite, sentencia y ejecución en el ~

La resolución que contiene el fallo del órgano jurisdiccional de primera instancia, puede ser apelada en el plazo máximo de tres días. Igualmente ante el fallo de segunda instancia, procede recurso de agravio constitucional que debe ser interpuesta en un plazo máximo de diez días luego de notificada la resolución a ser impugnada.

La sentencia es la resolución que resuelve el proceso de hábeas data y debe contener el fallo y el fundamento de la decisión, así como el mandato concreto que, en consecuencia, se dispone. La sentencia que cause ejecutoria se debe actuar conforme a los propios términos que dicte el juez constitucional de la demanda. Si la sentencia ordena una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata de modo general, aun pese a que esta haya sido apelada. Por otro lado, la represión de *actos homogéneos* ha sido previsto como un mecanismo que impide que una persona que ha vencido en un proceso de hábeas data se vea

nuevamente inmerso en una afectación de sus derechos por actos sustantivamente idénticos a los que fueron motivo del proceso anterior.

Bibliografía consultada

- **AA.VV.** *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenajes a Domingo García Belaúnde.* José Palomino Manchego (Editor), tomo 1, Grijley, Lima, 2007.
 - **GACETA JURÍDICA.** *El Proceso de Hábeas Data.* Guía Rápida de Procesos Constitucionales. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
 - **LANDA ARROYO, César.** *Teoría del Derecho Proceso Constitucional.* Palestra, Lima, 2003.
 - **PALAZZI, Pablo A.** *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad.* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.
- ▶ **Voces relacionadas:** Derecho de acceso a la información pública, Derecho de autodeterminación informativa, Proceso constitucional de amparo

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El proceso de inconstitucionalidad es el proceso constitucional abstracto por excelencia que tiene por objeto garantizar la supremacía normativa de la Constitución, con relación a las normas con rango de ley a ella subordinadas. Es un *proceso* constitucional porque, a pesar de consistir en un juicio abstracto de comparación entre dos normas, su procedimiento involucra a dos partes que exponen sus argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la norma impugnada; y es *abstracto* porque dicho juicio no se refiere a ningún hecho concreto de la realidad.

■ Legitimación procesal en el ~

En nuestro país, a diferencia de otros casos (Colombia, por ejemplo), el proceso de inconstitucionalidad no cuenta con legitimación popular, pues los sujetos impugnantes son los que están taxativamente señalados en la Constitución (artículo 203). De este modo, el poder de activación de este proceso corresponde a determinados órganos y sujetos, tales como el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de congresistas; 5000 ciudadanos con firmas aprobadas por el JNE (aunque si la norma es una ordenanza municipal, estará facultado el 1% de los ciudadanos de la circunscripción territorial, siempre que no exceda el límite de los 5000); los presidentes regionales; los alcaldes provinciales; y los colegios profesionales.

Precisamente, alrededor de estos últimos (los colegios profesionales), se ha generado todo un debate sobre qué debe entenderse por “materias de su especialidad”, frase a la que hace alusión nuestra Constitución. Desde luego, la participación de los colegios profesionales en el proceso de inconstitucionalidad obedece a los especiales conocimientos que estos pueden brindar al juicio abstracto de la ley, que a veces contiene términos técnicos demasiado complejos para el entendimiento de los jueces del TC. Con todo, su intervención no puede ser indiscriminada pues, como el Tribunal lo ha referido, deben observarse algunas reglas procesales, tales como que: a) la materia regulada por la ley deberá encontrarse

directa y claramente relacionada con la materia o especialidad en la que, dada la profesión que agrupa a los miembros del respectivo colegio, se tenga singulares conocimientos que no poseen otras profesiones; y b) no deben imponerse los intereses particulares de los miembros del colegio, sino su voluntad institucional (RTC Exp. N° 0005-2005-AI/TC, de 4 marzo de 2005, f. j. 4).

■ Doble dimensión del ~

Constante ha sido el parecer del Tribunal con relación a que el proceso de inconstitucionalidad, no obstante la preeminencia de su dimensión objetiva, posee también una fase subjetiva. Y así, ha señalado que aunque el control concentrado tiene una finalidad *inmediata*, que es defender la supremacía normativa de la Constitución depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene un *fin mediato* que es impedir su aplicación, es decir, impedir que dichas normas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos (STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC, f. j. 18); llegando incluso a admitir que, en mérito a esta dimensión subjetiva, el TC puede valorar la constitucionalidad de los actos concretos realizados al amparo de la norma legal impugnada, lo cual si bien no supone la resolución de un caso concreto, le otorga un canon valorativo constitucional (función de valoración) (STC Exp. N° 0002-2005-PI/TC, f. j. 2).

Recientemente, el TC ha aludido a esta dimensión subjetiva en el proceso de inconstitucionalidad a raíz de

lo resuelto en la STC Exp. N° 0011-2010-PI/TC (caso Línea Amarilla), en la que un grupo de congresistas impugnaba una ordenanza municipal emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que modificaba la zonificación de los usos del suelo del Cercado de Lima, afectando a determinados asentamientos humanos aledaños. En concreto, el Tribunal estimó que, si bien el proceso de inconstitucionalidad es un proceso abstracto, nada impide realizar una apreciación fáctica o de los hechos vinculados con la controversia constitucional; premisa que le sirvió para ordenar que la Municipalidad implemente un plan integral de reubicación de los pobladores afectados (titulares y sus familias), incluyendo la gestión y realización de un programa de vivienda para satisfacer equitativamente los problemas ocasionados.

■ Tipología de los vicios de inconstitucionalidad

En este punto, el TC ha sido bastante claro al identificar los tipos de vicio que hacen pasible de inconstitucionalidad a una ley o norma con rango legal, exigiendo su expulsión del ordenamiento jurídico. En la práctica, ha recogido lo que está previsto en el artículo 75 del Código Procesal Constitucional, según el cual la infracción a la jerarquía normativa de la Constitución pueden ser hasta de tres tipos: a) directa o indirecta; b) total o parcial; y, c) por la forma o por el fondo.

Una afectación será *directa* cuando la norma vulnere algún derecho, principio o valor expresamente reconocido en la Constitución. Será *indirecta*, en cambio, cuando la afectación lo

sea del bloque de constitucionalidad, esto es, de las leyes que conforman dicho parámetro de constitucionalidad adicional a la propia Constitución. Sobre esto hablaremos más adelante.

De otro lado, una afectación será de *forma*, básicamente, en tres supuestos: i) cuando se produce un quebrantamiento del procedimiento legislativo; ii) cuando la norma se ocupa de una materia reservada a otra fuente formal del derecho; y, iii) cuando ha sido expedida por un órgano constitucionalmente incompetente. En cambio, será de *fondo* cuando la materia regulada resulta contraria a algún derecho, principio o valor constitucional (vale decir las normas sustanciales establecidas en la Constitución).

Finalmente, una afectación será *parcial* si sólo determinada fracción de la norma impugnada es contraria a la Constitución. En caso contrario, la afectación será *total*.

■ Bloque de constitucionalidad

En términos simples, el denominado “bloque de constitucionalidad” alude a aquella norma o conjunto de normas con rango de ley que, además de la Constitución, forman parte del canon de evaluación de la ley cuestionada. ¿De dónde proviene la legitimación de estas leyes para formar parte del canon de valoración constitucional? Pues, de la propia Constitución. Por ello, se requiere que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (es el caso, por ejemplo, de la ley autoritativa del Congreso respecto

al Decreto Legislativo) (STC Exp. N° 0007-2002-AI/TC, f. j. 5).

Sin embargo, a diferencia de las infracciones *directas* a la Constitución, las infracciones al bloque de constitucionalidad son *indirectas* respecto del texto constitucional, razón por la cual también suele denominarse a las normas del bloque como “normas interpuestas”.

La operatividad del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra reconocida, expresamente, en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional, en cuanto indica que el Tribunal toma en cuenta, además de la Constitución, dos tipos de normas: a) las que se hayan dictado para determinar la competencia o atribuciones de los órganos del Estado; y b) las que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales. A ello, el Tribunal ha incorporado un supuesto adicional: c) normas legales que regulen un requisito esencial del procedimiento de producción normativa (STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC, f. j. 28). Asimismo, ha entendido que, para formar parte de dicho bloque, las normas legales correspondientes deben ser plenamente compatibles con la Constitución, si bien no gozan del mismo rango que esta. Del mismo modo, ha admitido que ese bloque lo puedan integrar leyes distintas de las orgánicas (STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC, ff. jj. 69 a 71), por lo que habrá tanto un parámetro *natural* del control de constitucionalidad, así como un parámetro *eventual*, conformado por leyes ordinarias que regulen la materia controvertida en el proceso (STC Exp. N° 0024-2006-PI/TC, f. j. 6).

Finalmente, es preciso acotar que el Tribunal ha descartado que nuestro bloque de constitucionalidad se asemeje al *bloc de constitutionnalité* francés, pues en Francia, esta noción se construyó para ensanchar el contenido de una Constitución escueta en su enunciado de derechos y, así, otorgar jerarquía constitucional a la Declaración de Derechos de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946 (STC Exp. N° 0023-2007-PI/TC, f. j. 27).

■ Normas impugnables en el proceso de inconstitucionalidad

De conformidad con la Constitución (artículo 200, inciso 4) y el Código Procesal Constitucional (artículo 77), las normas impugnables en un proceso de inconstitucionalidad son las siguientes: a) leyes; b) decretos legislativos; c) decretos de urgencia; d) tratados; e) reglamentos del Congreso; f) normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. A ellas, el Tribunal ha agregado y/o examinado algunos supuestos específicos: g) leyes de reforma constitucional (STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros); h) leyes orgánicas (STC Exp. N° 0022-2004-PI/TC); i) decretos leyes (STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC); j) normas derogadas (STC Exp. N° 0005-2007-PI/TC); k) normas conexas (STC Exp. N° 0012-2005-PI/TC); l) normas interpretativas (STC Exp. N° 0002-2006-PI/TC).

■ Leyes

Este es, naturalmente, el supuesto típico de norma impugnada en el proceso de inconstitucionalidad, lo que convierte al Tribunal

Constitucional en el órgano ad hoc para dejar sin efecto una ley del Congreso con efectos generales y *erga omnes*.

■ Decretos Legislativos

Los decretos legislativos son aquellas normas emitidas por el Poder Ejecutivo, previa delegación hecha por el Congreso. La Constitución (artículo 104) es sumamente clara al establecer sus requisitos, como son: a) la ley autoritativa debe delegar una materia específica; b) por un plazo determinado; c) no pueden delegarse materias que son indelegables a la Comisión Permanente; d) el Presidente de la República da cuenta al Congreso del decreto emitido.

Así pues, la evaluación de constitucionalidad de un decreto legislativo es, al mismo tiempo, formal y material: a) la constitucionalidad *formal* estará referida a que dicho decreto respete la delegación efectuada por la ley autoritativa del Congreso; y b) la constitucional *material* analizará si el decreto legislativo respeta los principios, derechos y valores reconocidos en la Constitución.

De ahí que, necesariamente, el Tribunal tenga que precisar los alcances de la ley autoritativa, como un paso previo. Luego, aplicará tres tipos de control: a) *control de contenido* (a fin de verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una

presunción *ius tantum* de constitucionalidad de dichos decretos); b) *control de apreciación* (para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo se enmarca en los parámetros de la dirección política que asume el Congreso en materia legislativa); y c) *control de evidencia* (para asegurar que dicho decreto no solo no sea violatorio de la Constitución por el fondo o por la forma, sino que también no sea incompatible o no conforme con esta) (STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC, f. j. 11).

Por citar un caso reciente, el Tribunal evaluó los decretos legislativos que habían sido emitidos por el Ejecutivo al amparo de las facultades delegadas por el Congreso para facilitar la implementación del TLC con Estados Unidos. En ese contexto, el Tribunal estableció, por ejemplo, que el Decreto Legislativo N° 1047 que crea el Ministerio de la Producción tenía por finalidad implementar dicho acuerdo comercial, descartando que sea inconstitucional; haciendo lo propio con el Decreto Legislativo N° 1084, que aprobó la ley sobre límites máximos de captura por embarcación pesquera (STC Exp. N° 0026-2008-PI/TC); entre otros supuestos.

■ Decretos de urgencia

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución (artículos 118 incisos 19 y 74), es posible extraer de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional los

siguientes dos grupos de requisito para la emisión de un decreto de urgencia, a saber: a) *formales*, que son dos: el requisito previo del refrendo de la Presidencia del Consejo de Ministros y el requisito posterior de dar cuenta al Congreso; y b) *materiales*, que aluden, por un lado, a la materia regulada (que debe versar sobre “materia económica y financiera”, excepto la tributaria), y por el otro, a las circunstancias fácticas externas como son: i) excepcionalidad; ii) necesidad; iii) transitoriedad; iv) generalidad; y, v) conexidad.

Varios son los casos en los cuales el Tribunal ha declarado inconstitucional un decreto de urgencia por no obedecer estos parámetros. Por ejemplo, ha dicho en determinadas circunstancias que la situación del transporte no reviste la condición de excepcional o urgente, que amerite dictar un decreto de urgencia (STC Exp. N° 0008-2003-AI/TC); que las medidas conducentes a perfeccionar una norma ya promulgada (el Código de Consumo) no justifica la emisión de un decreto de urgencia (STC Exp. N° 0028-2010-PI/TC); o que si bien un decreto de urgencia podría verse justificado para facilitar la inversión privada en determinados proyectos por la crisis financiera internacional, tres años después este argumento no resulta admisible (STC Exp. N° 0004-2011-PI/TC).

Un comentario adicional: el Tribunal Constitucional ha interpretado que el control de los decretos

de urgencia realizado por el Congreso, al ser eminentemente político, no vincula al control jurídico-constitucional que realiza el propio Tribunal (STC Exp. N° 0004-2011-PI/TC, f. j. 8).

■ Tratados

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha identificado hasta tres tipos de tratados en nuestra Constitución, a saber: a) *tratados con habilitación legislativa*, cuyo contenido, por afectar disposiciones constitucionales, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige para la reforma constitucional, antes de su ratificación por el Presidente; b) *tratados ordinarios*, que versan sobre derechos humanos, soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional y obligaciones financieras del Estado; los que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley; y los que requieren medidas legislativas para su ejecución; todos los cuales deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente; y c) *convenios internacionales ejecutivos*, que son directamente ratificados por el Presidente. En cualquier caso, efectuada la celebración, ratificación o adhesión presidencial, debe darse cuenta al Congreso (STC Exp. N° 0047-2004-PI/TC, f. j. 20). En relación los tratados ejecutivos, el Tribunal ha entendido que su aplicación debe respetar las competencias del Congreso, y que en todo caso, el

Presidente de la República puede aplicar el procedimiento preventivo previsto en el artículo 92 del Reglamento del Congreso, pues cuando el Ejecutivo da cuenta al Congreso de los tratados simplificados aprobados, corresponde al Congreso examinar que “los tratados internacionales ejecutivos no pueden contener pactos que supongan modificación o derogación de normas constitucionales o que tienen rango de ley o que exijan desarrollo legislativo para su cumplimiento” (STC Exp. N° 0002-2009-PI/TC, f. j. 83).

A ello cabe agregar que la jurisprudencia del Tribunal es pacífica en señalar que los tratados internacionales sobre derechos humanos constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades, instrumentos que son integrados al derecho nacional a través de la integración o recepción interpretativa (STC Exp. N° 0047-2004-PI/TC, f. j. 22)

Pese a todo lo dicho, no puede obviarse cierta tendencia sentada en alguna jurisprudencia del Tribunal, tendiente a implementar un sistema de control previo de constitucionalidad en nuestro país, lo cual evitaría las nefastas consecuencias internacionales que podría acarrear la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado a nivel interno; propuesta cuya viabilidad le corresponde examinar en todo caso al Congreso (*Cfr.* RTC Exp. N° 0018-2009-PI/TC, ff. jj. 17-18 y STC Exp. N° 0002-2009-PI/TC, fundamento de voto del magistrado Eto Cruz).

■ Reglamento del Congreso

Esta fuente normativa está contemplada expresamente en el artículo 94 de la Constitución, el cual le asigna fuerza de ley. Pero, en la interpretación del Tribunal, además de esta calidad, también tiene naturaleza equivalente a ley orgánica, pues regula la estructura y funcionamiento del Congreso en tanto que poder del Estado (STC Exp. N° 0022-2004-AI/TC, f. j. 23). Han sido varias las veces en que el control del Reglamento del Congreso ha tenido lugar, a saber: STC Exp. N° 0006-2003-AI/TC; STC Exp. N° 0026-2006-AI/TC y STC Exp. N° 0013-2009-AI/TC.

■ Normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales

Vayamos primero a las definiciones. En concordancia con la Ley N° 27072, Ley Orgánica de Municipalidades, entiende el Tribunal que las *ordenanzas municipales* (provinciales o distritales) son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa (STC Exp. N° 0003-2004-PI/TC, f. j. 6). Por su parte, de conformidad con la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, para el Tribunal las *ordenanzas regionales*

son aquellas que norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia (STC Exp. N° 0047-2004-PI/TC, f. j. 28)

Dicho esto, será preciso agregar que, por lo general, estas ordenanzas no infringen directamente la Constitución, sino más bien el bloque de constitucionalidad (infracción indirecta) integrado por la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, entre otras; siendo muestra patente de ello abundante jurisprudencia del Tribunal en torno a conflictos competenciales que son dilucidados al interior de un proceso de inconstitucionalidad, por disposición legal expresa.

Revisemos ahora los supuestos especiales de normas impugnables, que han sido examinados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre los cuales podemos mencionar a los siguientes:

■ Leyes de reforma constitucional

Pese a reconocer que el control de una ley de reforma constitucional puede entenderse como una “cuestión política no justificable”, entiende el Tribunal que es su labor velar porque la Constitución no sea vulnerada a través de modificaciones que vulneren sus principios o el procedimiento

mismo de reforma (STC Exp. N° 0024-2005-PI/TC, f. j. 3).

En ese sentido, pues, todo proceso de reforma tiene dos tipos de límite: a) *formales*, alusivos a los requisitos y procedimientos exigidos para realizar la reforma en sí (órgano competente, procedimiento y exigencias de referéndum); y b) *materiales*, que son los principios esenciales que confieren identidad a la propia Constitución y a su núcleo de valores esenciales (STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC). Los límites materiales, o contenidos inmunes a todo poder de reforma, puede ser, a su vez: i) expresos (las denominadas cláusulas pétreas, conformada por los derechos fundamentales); y ii) implícitos (tales como la dignidad humana, el régimen político y forma de Estado, etc.) (STC Exp. N° 0014-2002-AI/TC, f. j. 76).

■ Leyes orgánicas

El régimen constitucional de las denominadas “leyes orgánicas” se encuentra regulado en el artículo 106 de la Constitución. Para el Tribunal, que sigue aquí a la doctrina más autorizada en la materia, estas leyes son un “instrumento de desarrollo de la Constitución”, o mejor, una tarea cuasiconstituyente, lo que se explica porque la propia Constitución prefiere dejar ciertos asuntos no expresamente previstos en su texto, sino sujetos a futuros acuerdos por parte de determinadas mayorías reforzadas (STC Exp. N° 0022-2004-AI/TC, f. j. 5).

Ahora bien, a pesar de que comparte con las leyes ordinarias el mismo rango, lo cierto es que la propia Ley Fundamental establece algunos requisitos para su emisión: a) uno *material*, relativa a la materia orgánica; y b) uno *formal*, pues requiere el voto de por lo menos 61 congresistas. De este modo, una ley ordinaria será inconstitucional si viola el artículo 106 en un doble sentido: o bien regula materia reservada a ley orgánica, o bien se aprueba sin la mayoría exigida. De ahí que las leyes orgánicas deban comprenderse según el *principio de competencia*, y no de jerarquía normativa.

Con relación a qué materias deben entenderse por “orgánicas”, corresponde revisar los supuestos examinados en la STC Exp. N° 00022-2004-AI/TC.

■ Decretos leyes

A propósito del control constitucional efectuado de los Decretos Leyes que tipificaban diversas modalidades del delito de terrorismo (STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC), el Tribunal Constitucional abordó las distintas tesis sobre la inserción de este tipo de normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, tras reconocer que los Decretos Leyes son un fenómeno sui generis pues son producto de la violación de las normas sobre la producción jurídica que la Constitución establece, entendió seguidamente que la convalidación

efectuado por la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993 no implicaba que el contenido de tales normas haya sido “constitucionalizado” o resulte “inmodificable”, sino que su finalidad era reconocer que tales normas “perteneían” al orden jurídico nacional, sin entrar a confirmar su validez. De lo cual, dedujo también que estas normas podían ser objeto de impugnación en un proceso de inconstitucionalidad, no sin antes interpretar que el artículo 200, inciso 4 de la Constitución establecía una lista enunciativa, y no taxativa.

De este modo, el Tribunal sustentó tres tesis al respecto: a) la teoría de la caducidad (que plantea que, una vez restaurado el Estado de Derechos, estas normas dejan *ipso facto* de tener vigencia); b) la teoría de la continuidad (para la cual los decretos leyes perviven a la restauración del Estado de Derecho, hasta que el Congreso los abrogue, modifique o sustituya); y c) la teoría de la revisión (que supedita la vigencia de estas normas hasta que el Congreso de pronuncie por su mantenimiento o no en el sistema jurídico).

■ Normas derogadas

El criterio sentado por el Tribunal Constitucional es aquí bastante claro: existen dos supuestos en los que procede una demanda de inconstitucionalidad contra una norma derogada: a) cuando la norma continúa desplegando sus efectos; y b) cuando pese a

no continuar surtiendo efectos, la sentencia puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado (vale decir, en materia penal o tributaria, pues en tales casos la declaración de inconstitucionalidad habilita la reapertura de los procesos o procedimientos correspondientes) (STC Exp. N° 0005-2007-PI/TC, f. j. 1). E igualmente, c) cuando la norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente (STC Exp. N° 0045-2004-PI/TC, f. j. 13). Todo ello es lógica consecuencia de que, a diferencia de la derogación, la declaración de inconstitucionalidad anula por completo la capacidad regulativa de las normas declaradas inconstitucionales.

Este fue el caso, por ejemplo, de la Ley N° 28934, que ampliaba excepcional y temporalmente la vigencia de la Justicia Militar Policial establecida por la Ley 28665, la cual pese a haber sido dejada sin efecto por la Ley N° 29182, había sido aplicada en varios procesos que habían culminado con 301 sentencias condenatorias por delitos de función, y tres personas estaban privadas de su libertad (STC Exp. N° 0005-2007-PI/TC, f. j. 4). De igual forma, el Tribunal se ha pronunciado sobre normas derogadas, cuando dicha derogación ha tenido por finalidad sustraer la materia justiciable del proceso de inconstitucionalidad, pero luego se emite una norma idéntica a la derogada (STC Exp. N° 0022-96-I/TC, STC Exp. N° 0004-2010-PI/TC, f. j. 2).

■ Normas preconstitucionales

También las normas preconstitucionales, esto es, anteriores a la entrada en vigencia de la actual Constitución, puede ser objeto de un proceso de inconstitucionalidad. Así lo ha reconocido el propio Tribunal en la STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC (ff. jj. 24-25), oportunidad en la cual analizó la legislación antiterrorista dictada con anterioridad a la Constitución Política de 1993.

■ Normas conexas

De acuerdo con el artículo 78 del Código Procesal Constitucional, “[l]a sentencia que declare la (...) inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia”. Esto quiere decir que:

A partir de esta consideración, el Tribunal ha estimado que si está prohibido impugnar leyes cuyo plazo prescriptorio haya superado los seis años desde su publicación, con mayor razón lo estará la impugnación de normas conexas, existiendo otros mecanismos como el control difuso (STC Exp. N° 0033-2007-AI/TC). Sin embargo, ha interpretado también que el control de normas conexas autoriza, en realidad, a dos cosas: a) la extensión de la sanción; pero también b) la extensión del juicio a otras normas, exista o no sanción de inconstitucionalidad (STC Exp. N° 0017-2008-AI/TC) Esto quiere decir que, a pesar de que esa norma conexa ya no

pueda ser declarada inconstitucional por haber transcurrido el plazo de los seis años, el Tribunal sí puede impedir su aplicación a través de una interpretación vinculante, característica esta última que se deriva de los artículos VI del Título Preliminar y 82 del Código Procesal Constitucional (Cfr. por ejemplo la STC Exp. N° 0024-2010-PI/TC, f. j. 78, en la que el TC declaró que ningún poder público podrá aplicar la Resolución Legislativa que introducía una reserva incompatible con el objeto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad).

■ Normas interpretativas

A juicio del Tribunal Constitucional, las normas interpretativas son aquellas que declaran o fijan el sentido de una norma dictada con anterioridad y se reconocen porque, al promulgarlas el Legislador, generalmente utiliza palabras como “intérprese”, “aclárese” o “precítese”. Ambas normas, tanto la interpretada así como la interpretativa, están referidas a la misma regulación, por lo que la norma interpretativa debe regir desde la entrada en vigencia de la norma interpretada. El Tribunal ha fijado tres requisitos, recogiendo la jurisprudencia de su homólogo colombiano: a) debe referirse expresamente a una norma legal anterior; b) debe fijar el sentido de dicha norma enunciado uno de los múltiples significados plausibles; y c) no debe agregarle

un contenido no comprendido en su ámbito material (STC Exp. N° 0002-2006-PI/TC, ff. jj. 20 y 23).

Por último, es preciso destacar que el Tribunal ha rechazado la posibilidad de analizar la constitucionalidad de un contrato ley, a pesar que éste tenga fuerza de ley (STC Exp. N° 0005-2003-AI/TC, f. j. 17).

■ Resoluciones legislativas

A pesar de no estar previstas expresamente en la Constitución, sí procede su revisión en el proceso de inconstitucionalidad, toda vez que las resoluciones legislativas tienen rango de ley (STC Exp. N° 0047-2004-PI/TC, f. j. 17).

■ Sentencia de inconstitucionalidad / sentencias interpretativas

La clásica distinción entre “legislador negativo” y “legislador positivo” como posibles funciones predicables del Tribunal Constitucional, tiene en el asunto de las sentencias constitucionales (y en particular, en las recaídas en los procesos de inconstitucionalidad) uno de sus principales espacios de debate. Es sabido por todos que, desde la perspectiva del estricto modelo kelseniano, la función principal y exclusiva del Tribunal Constitucional radicaba en expulsar la norma impugnada del ordenamiento jurídico, una vez constatada su inconstitucionalidad formal o material (a ello se refiere la sentencia de inconstitucionalidad, en sentido

estricto). Sin embargo, en el intento de favorecer un clima de colaboración entre la justicia constitucional y el legislador democrático al momento de reparar la inconstitucionalidad detectada, así como de preservar las normas legales expedidas por este último, la jurisprudencia y doctrina recientes han venido postulando la conveniencia de que, en ciertos casos, la solución al problema no pase por la drástica sanción de nulidad total y absoluta de la ley, sino la emisión de una sentencia “atípica” que satisfaga aquellos dos propósitos mencionados.

Es el caso de las denominadas “sentencias interpretativas”, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de clasificar mediante una tipología que, en buena cuenta, recoge la elaborada en el derecho comparado: reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas, estipulativas, integrativas-reductoras, etc. Entiende el Tribunal que el fundamento para la emisión de esta clase de sentencias descansa en varios postulados constitucionales: a) el reconocimiento de que al Parlamento le asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (artículo 45) (STC Exp. N° 0030-2005-PI/TC, f. j. 59).

Pero estos mismos fundamentos, a decir del Tribunal, hacen las veces de

límites a la expedición de estas sentencias atípicas, los cuales en términos concretos son los siguientes: a) el principio de separación de poderes; b) no cabe dictarlas cuando existe más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar; c) solo cabe dictarlas cuando sean imprescindibles, a fin de no generar una inconstitucionalidad de mayores alcances; d) deben estar debidamente motivadas en razones y fundamentos normativos; y e) se requiere la mayoría calificada de votos de los miembros del Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 0030-2005-PI/TC, f. j. 61, criterios que tienen la calidad de precedente vinculante).

PROPORCIONALIDAD

Ver: Principio de proporcionalidad.

PUNTO DE VISTA

Suele denominarse así a la estrategia metodológica que asume un sujeto para conocer el derecho. Herbert L. A. Hart en el *El concepto del Derecho* es quien distinguió claramente las nociones de punto de vista externo e interno para explicar integralmente la naturaleza vinculante del fenómeno jurídico. Pasando por alto distinguidas matizaciones al respecto (punto de vista del participante no comprometido de Joseph Raz, los refinamientos de Neil MacCormick o John Finnis, por mencionar algunos), se pueden diferenciar en forma básica dos perspectivas de análisis de los juristas: El del “observador” y el del “participante”.

■ ~ del observador

También denominado punto de vista *externo*. Desde este punto de vista, el teórico se limita a describir el Derecho tal como se le presenta en la realidad. Los enunciados formulados, desde este punto de vista, se les califica de proposiciones verdaderas o falsas, porque el estudioso no se compromete con su objeto, sino que su acercamiento es avalorativo, aséptico o neutral. Aquí, el observador únicamente registra o constata los datos sociales: da noticias acerca de él. Los observadores realizan afirmaciones del siguiente tipo: “Los peruanos aceptan como derecho lo que manda la Constitución de 1993”; “la regla de prohibición de la eutanasia pertenece al Derecho peruano”; “los jueces alemanes aplicaron la ley penal nazi A”; “si se verifica el supuesto de hecho A sucede la consecuencia B de la norma”. Esta perspectiva, exagerando, sería compatible incluso con la del historiador que registra, por ejemplo, que en una cultura antigua existían normas sociales básicas.

Con este tipo de perspectiva se asocian comúnmente los modelos de ciencia jurídica descriptiva de del positivismo jurídico (como las de Austin, Hans Kelsen, Alf Ross o de Eugenio Bulygin) cuyo foco de interés ha sido responder a la pregunta ¿qué es el Derecho? Y para tal empresa han explicado categorías conceptuales como la norma jurídica, la obligación, la sanción, etc. Es decir, lo que habitualmente conocemos como Teoría General del Derecho cuyos conceptos pretenden ser de aplicación a cualquier sistema jurídico.

■ ~ del participante

O punto de vista interno. El punto de vista interno implica asumir las normas jurídicas como razones para la acción, o sea, como pautas de comportamiento para justificar o criticar las acciones propias y ajenas y conocer, en virtud de ellas, cuáles son los deberes, obligaciones y permisiones en un determinado sistema jurídico. En otras palabras, se adopta el papel de quien acepta y emplea las normas jurídicas. El clásico participante-tipo es el juez que resuelve controversias y que se adhiere al conjunto de valores y principios de su sistema jurídico particular para prescribir la conducta jurídicamente debida.

Las teorías jurídicas de esta perspectiva (teorías jurídicas comprometidas) no se interesan en descubrir ¿qué es el derecho? Ni siquiera en descubrir ¿cuál es la estructura del derecho positivo?, como lo ameritaría una descripción; sino, que se avocan a cuestiones prácticas: A dilucidar ¿qué

debo hacer jurídicamente? Y se exige de la ciencia jurídica que formule herramientas lo altamente sofisticadas para usar el Derecho y resolver de la mejor manera sus problemas o dilemas prácticos (por ejemplo, los casos difíciles). Contemporáneamente, este tipo de teorías han sido reivindicadas fundamentalmente por los teóricos de modelos de sistemas jurídicos constitucionalizados que reivindican criterios materiales de corrección del derecho (Ronald Dworkin, Carlos S. Nino, Robert Alexy, etc.).

■ Bibliografía consultada

- **BRIAN, Bix.** *Teoría del Derecho: Ambición y límites.* Traducción de Pablo Navarro, et. ál. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
- **MARMOR, Andrei.** *Interpretación y teoría del Derecho.* Traducción de Marcelo Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001.
- **SASTRE ARIZA, Santiago.** *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo.* McGraw Hill, Madrid, 1999.

R

RACIONALIDAD

El término “racionalidad” en sentido lato, hace referencia al ejercicio de la razón, que podemos definir como una facultad que distingue a los seres humanos de los demás seres vivos, y que además es un instrumento que le permite conocer la realidad y que guía su conducta moral. De esta manera, y como una primera aproximación, puede decirse que la “racionalidad” sería el ejercicio de esa facultad denominada razón.

Uno de los filósofos que se interesó por la manera en que funciona la razón humana, fue Immanuel Kant. Así, en sus diversas obras, el filósofo trataba de explicar qué papel jugaba nuestra razón: i) en el conocimiento del mundo (razón teórica); y ii) en nuestra conducta práctica, es decir, en los motivos que guían nuestra conducta más allá de lo cognoscible (razón práctica). Así, a partir de la distinción entre conocer y actuar, entre interés teórico e interés práctico, mundo sensible y mundo inteligible, Kant elaborará la *Crítica de la Razón Pura*, y la *Crítica de la Razón Práctica*, la primera destinada a explicar cómo la razón es un instrumento que nos permite conocer la naturaleza, y la segunda destinada a explicar cómo esta orienta y dirige

nuestras acciones, es decir, como actúa en nuestra dimensión moral o práctica. Sin embargo, ambas dimensiones aparecen como insuficientes cuando se trata de explicar el papel de la razón como medio de conocimiento del Derecho, ya que éste no se sitúa en el plano del *ser*, sino del *deber ser*, es decir, en una dimensión práctica.

Existen múltiples posturas que tratan de explicar en qué sentido el Derecho es una construcción racional, y de manera más específica, de qué manera puede controlarse la racionalidad del razonamiento jurídico, posturas todas ellas que parten de una noción distinta de racionalidad. Así, por ejemplo, se ha sostenido que un juicio es racional, si es capaz de fundarse en razonamientos cuya legitimidad es intersubjetivamente controlable. Para otros, en cambio, la racionalidad de un juicio depende de que sea producto de un determinado procedimiento o del debate en que se hayan considerado las opiniones de todos los afectados con la decisión. Posturas distintas vinculan la racionalidad al respeto inescrupuloso de las leyes de la lógica, postura esta que considera la *racionalidad* como una propiedad meramente formal, que se distinguiría de la *razonabilidad*, más bien dispuesta para el control de los contenidos de la decisión.

Con todo, debemos tener en cuenta que la racionalidad funciona como un criterio para evitar la arbitrariedad de las decisiones jurídicas. Así lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 12 de la sentencia del 5 de julio de 2004, recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, donde se formula una noción de racionalidad a partir del concepto de “lo arbitrario”, entendido como aquello que no tiene justificación lógica en los hechos, lo carente de justificación objetiva, lo incongruente y lo contradictorio.

Bibliografía consultada

- **AARNIO, Aulus.** *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- **SARLO, Oscar.** “La racionalidad del Derecho y su justificación kantiana”. En: *Actio.* N° 05, octubre de 2004.

RATIO DECIDENDI

El *case law* o “derecho de casos” que se ha desarrollado en los países de tradición jurídica anglosajona, suele privilegiar el análisis de las decisiones judiciales singulares, con la finalidad de establecer qué parte de estas constituye un precedente que debe ser seguido en casos ulteriores, sea por el mismo juez que lo emitió, o por aquellos que se encuentran jerárquicamente subordinados a él. Ello quiere decir, que no todas las opiniones expresadas por el juez en la decisión tienen carácter vinculante, sino solo aquella que constituye su *ratio decidendi*. Así, como primera aproximación, puede decirse que la *ratio decidendi* sería la “razón suficiente” de la decisión, el

principio subyacente que constituye su elemento de autoridad, y no debe ser confundida con el fallo.

El concepto de *ratio decidendi* ha sido establecido desde diversas posturas. Por ejemplo, desde la doctrina clásica, se considera como aquel principio jurídico que el juez considera necesario para la decisión. En cambio, desde posturas más contemporáneas, se considera que la *ratio decidendi* no debe buscarse entre las razones que el juez utiliza para fundamentar su sentencia, porque muchas veces dicha regla no aparece declarada o enunciada como tal en la sentencia, o en caso de estarlo, ha sido enunciada como demasiado amplia o demasiado estrecha. En tales casos –resaltan– la *ratio decidendi* normativo debe buscarse en otra parte. Incluso hay quienes consideran que debe desestimarse por completo la opinión de los jueces y elaborarse el principio normativo tomando como punto de partida los hechos del caso.

En todo caso, es lo que los jueces hacen, y no lo que los jueces dicen, lo relevante al momento de determinar la *ratio decidendi*. Esta no se encuentra necesariamente en las opiniones de los jueces, sino en la manera en que resuelven los casos; sin embargo, el punto de vista del juez no puede abandonarse, porque es él quien determina los hechos del caso, y entre ellos, selecciona los que consideran sustanciales y descarta los que considera irrelevantes. Desde esta perspectiva, se ha desarrollado el siguiente método para establecer la *ratio decidendi*:

- En primer lugar, debe establecerse los hechos del caso, conforme fueron apreciados por el juez, de acuerdo a los siguientes criterios:

- i) Si no hay una declaración sobre los hechos, se presume que todos forman parte del material fáctico del caso, salvo aquellos que a simple vista o usando el sentido común, no lo son.
 - ii) Si hay una declaración de hechos realizada por el juez, no se debe ir más allá de esta para demostrar que dicha declaración no se corresponde con lo actuado en el expediente. Ello, porque la determinación de la *ratio decidendi* está ligada a la declaración de hechos realizada por el Juez, aunque esta sea errónea o inexacta, porque la decisión fue tomada según este los apreció.
- En segundo lugar, una vez establecido el universo de hechos del caso, es preciso descubrir aquellos que fueron sustanciales para el fallo, siguiendo los siguientes criterios:
 - Los datos sobre personas, tiempo, lugar, clase y cantidad, no son hechos sustanciales.
 - Todos los hechos que el juez expresamente considere insustanciales, deben considerarse de ese modo.
 - Todos los hechos que el juez implícitamente considere insustanciales, como es el caso de los hechos omitidos, pueden presumirse como insustanciales. Debe tenerse en cuenta que la determinación del principio normativo, depende tanto de la inclusión como de la exclusión.
 - Todos los hechos que el juez expresamente considere como sustanciales, debe considerarse de ese modo.
 - Si el juez no distingue entre hechos sustanciales e insustanciales, debe considerarse que todos son sustanciales.
 - Mientras más hechos sustanciales existan, más específico será el principio normativo. Y mientras menos sean los hechos sustanciales, este será más amplio.
 - Finalmente, luego de establecer los hechos sustanciales y no sustanciales del caso, según han sido apreciados por el juez, surge el principio normativo o *ratio decidendi* del caso, a partir de la conclusión a la que llegó el juez con base en aquellos hechos que consideró sustanciales.
- Esta regla será vinculante para los casos futuros, con una salvedad: no para todos aquellos casos en que los hechos sean los mismos. Para que opere la regla, será necesario que los hechos sustanciales del nuevo caso también coincidan, de manera que éste contiene hechos sustanciales adicionales, o diferentes, el juzgador podrá evadir la aplicación del principio jurídico vinculante, aplicando la técnica del *distinguishing*.

Bibliografía consultada

- **BATIZA, Rodolfo.** "La *ratio decidendi* en la jurisprudencia y doctrina angloamericanas". En: *Jurídica*. N° 21, julio de 1992.
- **GOODHART, Arthur.** "Determining the *ratio decidendi* of a case". En: *Yale Law Journal*. Vol. 40, N° 2, diciembre, 1930.

RAZÓN

Generalmente entendemos por "razón" aquella facultad de conceptuar, juzgar,

ordenar, relacionar y estructurar nuestras ideas, pensamientos y conocimientos; o “toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente”, es decir, como aquella actividad intelectual que nos permite comprender la realidad.

La primera de estas acepciones, hace referencia a un *atributo* que posee el ser humano, mientras que la segunda, a la *actividad* que este desarrolla –en virtud de ese atributo– para comprender la realidad. Pero si queremos definir la razón en cuanto tal, podemos decir que es aquel sistema de coordenadas dotado de la máxima objetividad y universalidad posibles, y por encima del cual no existe posibilidad de búsqueda de mayores y mejores explicaciones, pues, “como el ojo, que lo ve todo, menos a el mismo”, es el principio de toda explicación y sobre él se fundan todos los juicios válidos o correctos. Y en tal sentido, “puede servir como un tribunal de apelaciones no sólo contra las opiniones aceptadas y los hábitos de nuestra comunidad, sino también contra las peculiaridades de nuestra perspectiva personal”.

■ El contenido de la ~

Lo expresado hasta aquí podría hacer pensar que solo se puede hablar de *razón* en el caso de las matemáticas, la lógica o las ciencias naturales, por presentarse en ellas regularidades controlables; pero ello no significaría sino reducir su contenido, pues, si bien su manifestación más característica se encuentra en la ciencia, no deja de tener expresión en otros campos o disciplinas, como los juicios de carácter moral, cuya justificación

puede encontrar sustento en los métodos o procedimientos de lo que se ha denominado *razón práctica*.

Optar por asignar un contenido restringido a la razón, implicaría no solo estrechar lo esencial de ella a ciertos modos particulares de operar con el intelecto, sino y sobre todo esterilizarla, amputándola y embotando su dimensión decisiva, es por ello que Nagel, con acierto, sostiene que “*el contenido de la razón puede ser bastante rico, incluyendo métodos firmes de justificación empírica de creencias y distintos tipos de razón práctica y justificación moral; o puede ser muy austero, y limitarse a principios lógicos y no mucho más*”.

■ ~ en los juicios éticos o morales

La definición de razón, consignada arriba abarca también la posibilidad de hallar una para la evaluación de los juicios éticos o morales, pero es claro que esta razón no se expresa en los mismos términos en los que lo hace la razón en la ciencia. Por ello, la interrogante de ¿cuál es la peculiaridad de *la razón* en el marco de juicios éticos o morales? surge de inmediato, y muy pocas veces es contestada satisfactoriamente por quienes se refieren a ella, pues generalmente se limitan a sostener su posibilidad y ejemplificarla en términos particulares y poco clarificadores.

Para superar esa limitación se debe percibir con claridad que “*la naturaleza real de la razón no se encuentra en la creencia en un conjunto de proposiciones ‘fundacionales’, ni siquiera en*

un conjunto de procedimientos o de reglas para obtener inferencias, sino en cualquier *forma* de pensamiento respecto de la cual no existan alternativas” con iguales pretensiones de universalidad y de constituirse en el principio de toda explicación.

Por la forma en que se acaba de exponer la naturaleza de la razón, pareciera estarse generando una contradicción con la definición que de ella consignamos más arriba. Sin embargo, ello no es así, pues lo que se pretende destacar en el párrafo precedente, no es que las proposiciones fundacionales, procedimientos o reglas, no formen parte de *la razón como objeto*, sino, que también forman parte de ella, otros tipos de pensamiento que no necesariamente estén expresados en ese tipo de “*formas*”, siempre que constituyan el último marco de referencia con validez universal al que se pueda apelar.

Lo dicho cobra especial relevancia cuando de la razón en los juicios éticos o morales se trata, pues para nadie es un secreto que fuera de las ciencias formales como las matemáticas y la lógica, *lo incierto es la regla*; ni que el razonamiento moral no es reducible a una serie de pasos autoevidentes. Pero, que ello sea así, no significa que se deba abandonar todo intento de búsqueda de parámetros que nos permitan dotarla de un máximo de objetividad posible.

Dicha búsqueda debe partir de la idea básica de que el pensamiento moral es *intersubjetivo*, lo que por supuesto no constituye la solución al problema, sino por el contrario, es precisamente en este punto donde se

hace más difícil discernir el camino a seguir, pues si bien podría admitirse con cierta facilidad que un sistema de razones debería otorgar algún tipo de valor, objetivo y subjetivo, a las personas y a sus intereses, no resulta tan fácil definir una sola forma de hacer esto de modo claramente correcto, ya que, sin duda, hay otras formas, incluso no inventadas aún, que son superiores a aquellas inventadas hasta el presente.

Reconocida esta relatividad y ubicados en este nuevo punto de partida, se debe empezar por aceptar que no se dispone de ningún mundo inteligible que nos proporcione unas ideas listas para ser usadas en nuestra búsqueda, de modo que no queda otra opción que inventar verdades prácticas. Estos es: *si uno no confía* en la idea de que es posible algún tipo de intuición moral de aquellas verdades prácticas, *no puede esperar* descubrirlas en sí mismo, sino que *solo puede esperar* encontrarlas a través de procedimientos de argumentación que exijan adoptar el punto de vista de otros para alcanzar su aceptabilidad.

■ ~ teórica

La razón es teórica “cuando quiere saber las causas y las razones por las cuales ocurren las cosas; esto es, en términos generales, cuando *conoce*”. Dicho de otra manera, la razón es teórica, cuando busca mediante el ejercicio intelectual, conocer la naturaleza, cualidades y relaciones –expresadas en leyes, axiomas, conceptos, etc.– de un determinado objeto.

Su denotación conceptual, se circunscribe al uso *explicativo* y *comprendido*

de la razón, y es por ello que solo se limita a *determinar* su objeto, sin relacionarse con él. Lo que se pretende destacar con esta afirmación, es que a través del conocimiento teórico no actuamos ejerciendo algún cambio en la realidad, sino que nos limitamos a determinar los objetos de acuerdo a ciertos conceptos y reglas del entendimiento.

En conclusión, la razón teórica o teórica, busca la *adecuación* entre *la cosa u objeto* que se pretende conocer y *el entendimiento humano*, o lo que es lo mismo, busca el dominio consciente de la realidad, intelectualmente.

■ ~ práctica

La razón práctica es la razón en su uso práctico (moral) o función práctica, y en tal sentido, se dirige a la *elección* de acuerdo con la ley moral y, cuando ello es físicamente posible, a la realización de la decisión en *la acción*.

A diferencia de lo que sucede con la razón teórica, la razón práctica sí se relaciona con su objeto, *convirtiéndolo* en realidad, pues el conocimiento práctico es aquel que tenemos con relación a la facultad que determina nuestras acciones en conformidad con ciertos *motivos, razones o principios* para actuar. Esa facultad activa y generadora es una voluntad racional que nos permite presuponer que sabemos lo que hacemos cuando actuamos.

En conclusión, la razón práctica, busca la *adecuación racional* de *la operación* con *el principio rector* de la inclinación apetitiva dirigida a alcanzar un fin, es

decir, se busca el dominio de la realidad a través de la acción, o si cabe la expresión, una razón para la acción.

■ Bibliografía consultada

- **GAMARRA GÓMEZ, Severo.** *Lógica Jurídica: Principio de razón suficiente*. Fondo Editorial de la U.N.M.S.M., Lima, 2004.
- **RECASÉNS SICHES, Luis.** *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1956.
- **NAGEL, Thomas.** *La última palabra*. Gedisa, Barcelona, 2000.

RAZONABILIDAD

Aunque lo “razonable” y lo “racional” son, ambas, propiedades que se desprenden de la “razón”, no son identificables por completo. Y si bien no existe inconveniente alguno en emplear indistintamente las expresiones “razón” y “racionalidad”, no sucede lo mismo con las expresiones “razón” y “razonabilidad”, pues el contenido denotativo de la racionalidad difiere del de la razonabilidad.

Refiriéndose precisamente a esta distinción, Perelman afirma que “mientras las nociones de ‘razón’ y de ‘racionalidad’ se vinculan a criterios bien conocidos de la tradición filosófica, como las ideas de verdad, de coherencia y de eficacia, ‘lo razonable’ y ‘lo irrazonable’ están ligados a un margen de apreciación admisible y a lo que, excediendo de los límites permitidos, parece socialmente inaceptable”.

En igual sentido, VON WRIGHT sostiene que la racionalidad tiene que ver primariamente con la corrección formal del razonamiento, con la eficacia de los

medios para un fin. Está orientada a fines. Mientras que los juicios de razonabilidad están orientados a valores. Ellos se ocupan de la forma correcta de vivir, de lo que se piensa que es bueno o malo para el hombre.

A la razonabilidad se la hace depender de la noción de *aceptación*, la cual que fue introducida por el propio Perelman en su *Nueva Retórica*, y cuya idea central se encuentra en la sustitución del requisito de la “prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas” por el requisito de la “aceptación”, lo que conduce a no pretender prioritariamente, encontrar una verdad demostrable, sino más bien, aceptable, es decir, razonable.

Entonces, una decisión será razonable cuando sea aceptada por una determinada comunidad (auditorio), que por ello mismo, se constituye en su parámetro normativo, pues será ella la que evaluará las razones –expuestas mediante proceso argumentativo– que justifiquen esa decisión, para luego aceptarla o no como razonable.

Es importante, finalmente, señalar que se puede hablar del principio de razonabilidad en dos sentidos: a) *Razonabilidad en sentido amplio*, que es aquella que amerita en un primer momento el empleo de criterios propios de racionalidad en sentido estricto, y no siendo estas suficientes para justificarla, pasa en un segundo momento a utilizar –como complemento– criterios propios de la razonabilidad en sentido estricto. Es decir, es una especie de mixtura de ambas. Este tipo de razonabilidad es la que se identifica o da lugar a las “decisiones razonables pero no estrictamente racionales” de la clasificación de Manuel Atienza; y, b) *Razonabilidad en sentido estricto*, que es

aquella que está orientada estrictamente a valores y/o principios, y por ello mismo, no está ligada a procedimientos de razonamiento que estén vinculados con lo “estrictamente racional” ni siquiera parcialmente (razonabilidad en sentido amplio), sino solamente a criterios de apreciación admisible.

Bibliografía consultada

- **ATIENZA, Manuel.** “¿Para una razonable definición de ‘razonable’?”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 4, 1987.
- **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 21-II, 1988.
- **WINTGENS, Luc J.** “Retórica, razonabilidad y ética. Un ensayo sobre Perelman”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 13, 1993.

REALISMO JURÍDICO

Es un movimiento que reúne una serie de doctrinas que postulan una explicación del Derecho desde el punto de vista de su realidad sociológica (positivismo sociológico). Enfatizan una actitud no metafísica y antiformalista. Los realistas consideran deficiente analizar el Derecho en términos lógico-formales como en el positivismo jurídico (normativista) o en ideales de justicia como en el pensamiento iusnaturalista. Ambos fracasarían, según los realistas, porque acudirían a categorías abstractas y no empíricas. Los realistas asumen que es mediante el método empírico que se alcanzará un conocimiento verdaderamente “científico”; por eso, para el realismo jurídico la ciencia jurídica es una ciencia social “empírica”.

En el medio existen dos corrientes identificadas como realismo jurídico americano y realismo jurídico escandinavo.

■ ~ americano

Es una vertiente surgida en las primeras décadas del siglo XX, cuyos exponentes indiscutibles son Jerome Frank y Karl Llewellyn. El núcleo de su postulación teórica es el estudio de lo que hacen los jueces.

Esta vertiente separa las normas jurídicas en su sentido formal, de las normas efectivamente aplicadas. Los norteamericanos guardan un escepticismo respecto de las primeras, porque dudan que tengan un real protagonismo en la resolución de las disputas judiciales. Más bien, postulan que el Derecho está conformado, principalmente, por el Derecho aplicado, o sea, por las decisiones de los jueces. Conocida es la opinión del juez norteamericano Oliver W. Holmes acerca de que el Derecho no es lógica, sino experiencia; claramente haciendo referencia a la importancia de la función judicial para la explicación del Derecho.

Si la realidad del Derecho más que normas, son hechos, es decir, las decisiones de los jueces; entonces, para los realistas americanos la ciencia jurídica tratará acerca de la conducta judicial y descubrirá, lejos del misticismo que encierra el silogismo judicial, cuáles son los verdaderos factores que definen la solución de los casos judiciales: factores sociales, educativos, coyunturales, estados de ánimo del juez, etc. Según ellos, si tenemos certeza de los datos sociales

que concurren a las decisiones de los tribunales se podrán hacer predicciones científicas sobre el comportamiento de los jueces. Se trata de sustituir la dogmática formalista por un conductismo judicial.

■ ~ escandinavo

Esta corriente de los países nórdicos, en particular de Suecia y Dinamarca, tiene entre sus principales representantes a Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross, siendo el primero el líder filosófico y más influyente de esta corriente. Esta escuela, al igual que la americana, también predica una actitud empirista.

Los escandinavos conciben al Derecho como un fenómeno psíquico colectivo. Encuentran la realidad del Derecho en los hechos psicológicos que acontecen en la conciencia de los individuos. Los conceptos de "norma", "vigencia", "obligatoriedad" son analizados por esta vertiente como fenómenos psicológicos. El Derecho positivo en sí no se asume en su sentido formal. Lo que les importa a los escandinavos es descubrir qué determina que psicológicamente ciertas normas sociales sean consideradas por las personas como jurídicas. La prioridad de este enfoque justifica la impugnación de la teoría de la voluntad; teoría, según la cual se concibe al derecho como mandatos dictados por una autoridad estatal. Según ellos, la realidad verdadera de las normas jurídicas y su obligatoriedad estaría en la presión psicológica que ellas ejercen sobre los individuos.

Bibliografía consultada

- **HIERRO, Liborio.** “Realismo jurídico”. En: *El derecho y la justicia*. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (coordinadores), segunda edición, Trotta, Madrid, 2000.
- **PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio.** *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2000.

RECONVERSIÓN DE PROCESOS

El presupuesto de esta institución jurídica es el siguiente: Un ciudadano invoca un derecho que es tutelado por determinado proceso constitucional, pero invoca un proceso constitucional distinto.

Ante esa situación, en principio, correspondería que el órgano jurisdiccional declare improcedente la demanda, y, de tratarse de una apelación o del recurso de agravio constitucional, además declarar la nulidad de todo lo actuado en dicho proceso y bien deje a salvo el derecho del justiciable de acudir a la vía que sí resulte la correcta u ordene que se remita la causa al juez competente para que admita y tramite la demanda.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido que, frente a la situación descrita en el párrafo anterior, el órgano jurisdiccional que recibe, por error, el proceso, efectúe una “reconversión de procesos”, para que este continúe con su trámite, como si se tratara del proceso constitucional que correspondía iniciar.

Por ello, se han “reconvertido” demandas de hábeas data en procesos de amparo (STC Exp. N° 1052-2006-HD/TC), demandas de cumplimiento en procesos

de amparo (STC Exp. N° 2763-2003-AC/TC). De igual manera, demandas de hábeas corpus han sido tramitadas en el marco de procesos de amparo (un caso en que no se efectuó la reconversión pero se continuó con el trámite del proceso pese a que se estimó que el derecho vulnerado no era, en estricto, susceptible de protección por el proceso de hábeas corpus fue la STC Exp. N° 0256-2003-HC).

Ahora bien, la posibilidad de efectuar esta “reconversión” exige, según el Tribunal Constitucional, cumplir con los siguientes criterios (STC Exp. N° 7873-2006-AC/TC):

- a) Los jueces de ambos procesos tengan las mismas competencias funcionales.
- b) Se mantenga la pretensión originaria de la parte demandante.
- c) Existan elementos suficientes para determinar la legitimidad para obrar activa y para poder resolver sobre el fondo del asunto.
- d) Se estén cumpliendo los fines del proceso constitucional.
- e) Sea de extrema urgencia la necesidad de pronunciarse sobre el mismo.
- f) El fallo que se va a emitir sea predecible.

En estricto, una lógica estrictamente formalista no permitiría proceder a la “reconversión de procesos”. Sin embargo, esta opción jurisprudencial se sustenta en que la finalidad de los procesos constitucionales (la supremacía de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales) justifica que determinadas formalidades procesales puedan adecuarse al logro de dichos fines (principio de informalismo o elasticidad, plasmado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

De igual manera, habilitar esta figura parte del supuesto de que es el órgano jurisdiccional quien conoce mejor el Derecho, lo que le permite determinar, ante los hechos y la pretensión concreta, cuál es el derecho que ha sido vulnerado (y, por ello, derivarlo al proceso que corresponda para su protección), en aplicación de principios como el de *iura novit curia* (artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) o los referidos a la dirección judicial del proceso, *pro actione* (ante la duda, debe preferirse continuar con el trámite del proceso) y economía procesal (evitando actuaciones innecesarias o dilatorias), también reconocidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

Antes conocido como recurso extraordinario (artículo 41 de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley N° 26435), el ahora, recurso de agravio constitucional (RAC) es aquel medio impugnatorio de naturaleza extraordinaria y exclusiva de los procesos constitucionales. Se interpone contra resolución de segundo grado emitida por el Poder Judicial, denegatoria de una demanda constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Una vez concedido, el expediente debe ser elevado ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia bajo responsabilidad, a fin de que la máxima instancia constitucional analice y resuelva el caso presentado (inciso 2 del artículo 202 de la Constitución).

Sobre el término “denegatorio”, el Tribunal mediante STC Exp N° 4853-2004-PA/TC emitida en calidad de precedente vinculante, estableció que, si bien anteriormente la jurisprudencia constitucional había venido interpretando que una decisión denegatoria es aquella que declara infundada o improcedente en segundo grado un proceso constitucional, tal interpretación se venía realizando en un contexto en el que no existía una disposición que regulaba el precedente constitucional vinculante. Por lo tanto, a fin de optimizar la defensa del orden jurídico constitucional a través de los procesos constitucionales, se habilitó el uso del RAC a favor de sentencias desestimatorias que fuesen emitidas en abierto desacato del precedente constitucional vinculante, pues –acotaba– relegar el control del respecto del precedente vinculante al trámite de un nuevo proceso de amparo resultaría inadecuado.

Sin embargo, tal criterio fue total y posteriormente modificado, por medio de la STC Exp N° 3908-2007-PA/TC, la cual argumentó que el mecanismo procesal adecuado e idóneo para la protección del precedente vinculante es la interposición de un nuevo proceso constitucional, y no la interposición de un recurso de agravio constitucional.

No obstante, mediante STC Exp N° 02748-2010-PHC/TC, este Colegiado nuevamente ha habilitado el recurso de agravio constitucional contra sentencias estimatorias, emitidas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos. Así sostuvo que la Procuraduría del Estado es la encargada de presentarlo, independientemente del plazo de ley previsto.

REFORMA CONSTITUCIONAL

Domingo García Belaunde nos señala que el problema de la reforma constitucional apareció por vez primera en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, que aún se mantiene vigente y ha tenido influjo en las distintas Constituciones escritas. La reforma Constitucional ha recibido distintas denominaciones como “enmienda” (*amendment*), “revisión” (*revisione*), “*révision constitutionnelle*” y en América Latina y España ha recibido la denominación de reforma constitucional; y tal como lo señala García Belaunde han tenido en común constituirse como una modificación a un texto constitucional preexistente.

En el constitucionalismo estadounidense, que como mencionamos fue donde se instituyó por primera vez este mecanismo, Jefferson señaló como fundamento de las reformas constituciones que las generaciones presentes no pueden atar de por vida a las generaciones futuras, ya que se produciría una especie de dictadura de los muertos sobre los vivos (Carta de Jefferson a John Cartwright de 5 de junio de 1824).

El poder de reforma constitucional, a diferencia de del poder constituyente, es un poder limitado. En el artículo 32 de la Constitución se establece que la reforma parcial y total de la Constitución puede ser sometida a referéndum. Sin embargo, se encuentra vedada por esta disposición constitucional la reforma que disminuya o suprima los derechos fundamentales, las normas de carácter tributario y presupuestal, y los tratados internacionales. A la vez, existen límites

implícitos a la reforma constitucional los cuales descansan en los principios y valores de la Constitución, es decir, la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Según el artículo 206, la reforma constitucional debe de ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de miembros, y ratificada mediante referéndum. Con relación a este último requisito puede ser omitido cuando se obtiene en dos legislaturas consecutivas la aprobación por dos tercios del número legal de congresistas

En cuanto a los sujetos habilitados para promover la reforma de la Constitución al Presidente de la República (con aprobación del Consejo de Ministros); a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral.

■ ~ y Tribunal Constitucional

Grández Castro y Carpio Marcos señalan, frente a la consideración de que la reforma constitucional es una competencia reservada únicamente al legislador, que el Tribunal Constitucional realiza una labor de interpretación que dota de un contenido a la Constitución que necesariamente debe ser observado al analizarse posteriormente la referida disposición constitucional. Para Grández Castro, una perspectiva que ve únicamente en la legislación la máxima expresión de la soberanía no aceptará la intervención del Tribunal Constitucional, mientras que una posición que ve en la legislación una manifestación más del poder capaz de generar tensiones

con los derechos, verá más bien la actuación del Tribunal Constitucional como una forma de racionalizar el gobierno del Derecho.

Se puede señalar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones se ha exhortado al Poder Legislativo a definir mejor los contornos de una disposición constitucional. Sin embargo, frente a la ausencia de actuación de este poder del Estado, el Tribunal Constitucional ha desarrollado interpretaciones vinculadas a los preceptos constitucionales, con lo cual en la práctica debe admitirse que el Tribunal Constitucional ha reformado la Constitución.

■ Bibliografía consultada

- **CARPIO, Edgar y GRÁNDEZ, Pedro.** "El Tribunal Constitucional en el año 2007". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 12, 2008.
- **GARCÍA BELAUNDE, Domingo.** "Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)". En: *Revista de Derecho Político*. N° 66, 2006.
- **GRÁNDEZ CASTRO, Pedro.** *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2010.
- **HAKANSON NIETO, Carlos.** *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra, Lima, 2009.

RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

■ Definición

En el artículo 137 de la Constitución de 1993 contempla la potestad

del Presidente de la República de restringir el ejercicio de ciertos derechos ante situaciones que alteran el normal desarrollo de la vida de la nación. Tal potestad debe de ser ejercida ante situaciones tales como: desastres naturales, desborde de violencia, guerra civil, guerra externa e invasión.

Con la Constitución de 1979, se discutió abundantemente en la doctrina constitucional respecto a si se suspenden garantías o derechos durante el estado de excepción. Sin embargo, con la Constitución de 1993, literalmente se estableció que el régimen de excepción implicaba solamente la restricción o la suspensión del ejercicio de algunos derechos, mas no representa una habilitación para desconocer y vulnerar los derechos fundamentales restringidos durante el régimen de excepción, o los que no se encuentran comprometidos de restricción durante los regímenes de excepción. Esto se debe a que la finalidad del ejercicio de esta potestad es preservar los valores superiores de la sociedad democrática sin destruir los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho.

Los estados de excepción son de dos clases: el estado de emergencia y el estado de sitio, como a continuación pasaremos a explicar.

■ Estado de emergencia

El estado de emergencia se decreta ante los supuestos de alteración de la paz o del orden interno, de catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la nación. El estado

de emergencia es una medida transitoria, en vista de que tiene un plazo determinado, pues, como lo señala el artículo 137 de la Constitución, no debe exceder de sesenta días. Sin embargo, si no se ha superado la situación que motivó la declaración de estado de emergencia, este puede prorrogarse mediante la emisión de un nuevo decreto supremo.

La declaración de estado de emergencia solo posibilita la restricción de cuatro derechos amparados en nuestra Constitución:

- Derecho a la libertad y seguridad personales.
- Inviolabilidad de domicilio.
- Libertad de tránsito.
- Libertad de reunión.

■ Estado de sitio

El estado de sitio se establece en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil o peligro inminente de la producción de estas. El estado de sitio es decretado por el Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros, lo cual trae como correlato que el Congreso se reúna de pleno derecho. Una eventual prórroga del estado de sitio requiere aprobación del Congreso.

■ Límites al régimen de excepción

En vista de que la alteración del orden público genera la suspensión de algunos derechos fundamentales, en muchos países de América latina esa situación había desembocado en

prácticas como la desaparición forzada, la tortura, la improcedencia del hábeas corpus o del amparo o la detención prolongada. Ante esta situación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió dos opiniones consultivas: la OC-8/87 del 30 de enero de 1987 (El habeas corpus bajo suspensión de garantías) y la OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 (Garantías judiciales en estados de emergencia).

En la Opinión OC-9/87, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo estos constitucionales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio. Además de ello, la Corte señaló que la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 27. 1 que:

“En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada

en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

Para la corte, este artículo de la convención no adopta un criterio favorable a la suspensión de derechos, sino que se establece un principio contrario, es decir, que todos los derechos deben ser respetados y garantizados a menos que circunstancias muy especiales justifiquen la suspensión de algunos, en tanto que otros nunca pueden ser suspendidos por grave que sea la emergencia. Entre los elementos a analizar para establecer la suspensión de garantías están el carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.

Por otra parte, el artículo 27.2 de la convención establece un catálogo de derechos que no son pasibles de suspensión. Así tenemos:

(...)

“2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

Para la corte, la disposición citada es un claro límite a la potestad estatal. La suspensión de garantías no debe apartar la conducta del estado de la legalidad o considerar inexistentes los derechos garantizados por la convención, en ese sentido, el Estado no está investido de poderes absolutos más allá de lo que establece las disposiciones de la convención.

Asimismo, la corte arribó a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

En cuanto a la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la implementación de un estado de emergencia, cualquiera sea la denominación que se le considere en el Derecho interno, “no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados partes están obligados a establecer, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia”.

Para la corte, las garantías judiciales deben comprender un conjunto de requisitos a ser observados por las instancias procesales, a saber, los señalados en el artículo 8.1 (debi-do proceso): derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

De acuerdo con la corte, las garantías no susceptibles de suspensión son, según lo establecido en el artículo 27.2 de la convención, el hábeas corpus (artículo 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma convención.

Bibliografía consultada

- **GARCÍA BELAUNDE, Domingo.** "Suspensión de garantías ¿o de derechos? (Un debate en torno al régimen de excepción peruano)". En: *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Tomo I, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1988.
- **PASQUALUCCI, Jo M.** *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. CUE, Cambridge, 2003.

RÉGIMEN ECONÓMICO

Dentro de los alcances de este término, es posible comprender lo siguiente: a) normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o para el orden y el proceso económico; b) normas en las que se expresan las decisiones fundamentales sobre el orden económico de

una sociedad nacional incluidas en los textos constitucionales; y c) el conjunto de regulaciones jurídicas básicas o significativas de la ordenación de la vida económica.

En suma, reúne aquellas reglas o principios jurídicos que regulan el orden jurídico económico de un país y permiten establecer la forma de interacción entre la iniciativa privada (y el ejercicio de derechos que ella implica) y el Estado, enmarcado por la intervención, participación o abstención de este último en materia económica, y los niveles de ella, según el modelo adoptado.

Ahora bien, cuando se hace referencia al régimen económico, un tema que en la actualidad es mayoritariamente aceptado es que esta regulación que él comprende debe ser reconocida en la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, la Constitución. Ello no implica desconocer que en su oportunidad se plantearon objeciones a dicha opción, alegando que generaba inflexibilidad e imposibilidad de adaptación a la regulación sobre materia económica en un determinado Estado, que debía estar únicamente sujeta al mercado y sus reglas (en ese sentido, los seguidores de la Escuela del *Public Choice*, tales como James Buchanan, Gordon Tullock, Mancur Olson).

Sin embargo, esa fue la opción del constituyente de 1993: incluir en la Constitución determinados principios básicos que rigen la actividad económica y la intervención en ella del Estado. Ello probablemente porque se llegó al entendimiento de que la Constitución, por su carácter plural (por la que debe brindar cobertura a todas las opciones políticas posibles en un país), tiene una vocación

de permanencia, que es exigida por la necesidad de que la economía no sufra cambios bruscos en cada periodo de gobierno, sino que preexistan ciertos fundamentos y principios básicos en la Constitución, a los cuales deba adaptarse el nuevo gobernante para generar continuidad y estabilidad en los mercados y su funcionamiento.

■ Economía de mercado

La economía de mercado implica la sola sujeción de un Estado a las leyes de la oferta y la demanda, esto es, a que a mayor demanda el precio de un determinado bien o servicio aumente, de mantenerse en iguales condiciones la oferta. También deriva de ello que si la oferta aumentara, pero la demanda se mantuviera estable, el precio debería reducirse.

Ahora bien, este modelo, incluso en su aplicación más pura, llega a reconocer la existencia de posibles “fallas en el mercado”, ante la existencia de asimetría en la información con la que cuentan el proveedor de un determinado bien o servicio frente al consumidor, precios excesivos en determinados productos, o los eventuales efectos que una transacción económica puede generar en un tercero (“externalidades”) que no se ven reflejadas en los costos generados por la transacción.

La diferencia se encuentra en la intensidad con la que la regulación en materia económica habilita a que el Estado intervenga. En el marco de una economía de mercado en estricto, se permite que el Estado regule determinadas materias, pero dando

la mayor cobertura a la iniciativa privada y los derechos que ella viabiliza (como la libertad de empresa) pues se confía en que el propio mercado con su funcionamiento corregirá aquellas “fallas”, por ejemplo, al dirigir los consumidores sus preferencias hacia otro producto en el que sí se les brinde información o precios más razonables.

■ Economía social de mercado

La Constitución de 1993, como en su momento hizo la Constitución de 1979, optó por el modelo denominado “economía social de mercado”.

Sin embargo, en ambas Constituciones se le otorgó alcances distintos, pues que en la Constitución de 1979, según la percepción mayoritaria, se consolidó tanto un régimen que permitía la reserva del Estado de determinadas actividades de interés público y su intervención directa en ellas, mientras que en la Carta Constitucional actual se ha dado cobertura a un régimen con mayor apertura a la inversión privada.

Es posible formular distintas interpretaciones de esta “economía social de mercado”.

■ Interpretación con mayor cobertura a la iniciativa privada

La primera, de mayor fomento a la iniciativa privada, apunta a un modelo de economía de mercado (conforme a los alcances antes expuestos) que se centre en dos aspectos fundamentales: el

principio de respeto a los dos derechos fundamentales en materia económica – la libertad de empresa (y sus variantes, la libertad de industria y comercio) y la propiedad privada.

Además, desde esta interpretación, debe también consagrarse un régimen de libre y leal competencia, así como una adecuada protección a los derechos de los consumidores y usuarios.

Ello en el marco de un Estado que asume un rol subsidiario en la economía, esto es, que hace primar la acción económica del ciudadano (para generar recursos) y que tiene un rol dirigido prioritariamente a emitir legislación, dictar políticas económicas, pero también regular, controlar y eventualmente, sancionar, a quienes intervienen en el mercado. Sin embargo, se le reserva también al Estado, en último término, la posibilidad de intervenir directamente en la economía, conforme señala el artículo 60 de la Constitución, a falta de iniciativa privada que desee gestionar dicha actividad económica o cubrir dicho sector del mercado (por resultar poco atractivo o rentable), previa declaración del tema de “alto interés público” o de “manifiesta conveniencia nacional”, todo lo cual debe constar en una ley dictaminada y aprobada por el Congreso de la República. Debe precisarse que esta comprensión de la subsidiariedad responde a su entendimiento desde una perspectiva horizontal (STC Exp. N° 008-2003-AI/TC).

Interpretación más amplia del término “social”

Sin embargo, también es posible que se entienda que este carácter de “social”, además de las exigencias impuestas por el párrafo anterior, adquiera una suerte de efecto benefactor para determinados sectores, dando cobertura posible a que el Estado pueda brindar ciertas prestaciones a determinados sectores o ciudadanos.

Esta interpretación se justifica en la finalidad de buscar consagrar progresivamente una igualdad material entre los ciudadanos.

Desde esta perspectiva, es posible entender al bienestar social como elemento de la economía social de mercado, dentro de los supuestos económicos del Estado Social y Democrático de Derecho (STC Exp. N° 008-2003-AI/TC).

Bibliografía consultada

- **GARCÍA PELAYO, Manuel.** “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979.
- **HUAPAYA TAPIA, Ramón.** “A propósito de una propuesta de cambio constitucional del régimen económico (¿El mito del eterno retorno en el constitucionalismo económico?)”. En: *Boletín Constitucional*. N° 10. Equipo de Derecho Constitucional del Taller de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, junio de 2006.
- **OCHOA CARDICH, César.** “Bases fundamentales de la Constitución Económica de 1993”. En: *La Constitución de 1993*.

Análisis y Comentarios II. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

- **ZEGARRA VALDIVIA, Diego.** *Los contratos de estabilidad jurídica.* Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es un organismo constitucionalmente autónomo. A decir de la Constitución vigente, integra el “sistema electoral”, conjuntamente con el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, organismos con los que establece relaciones de coordinación.

De conformidad con el artículo 183 de la Constitución, así como de su Ley Orgánica (Ley N° 26497) tiene como funciones principales las siguientes: a) inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el estado civil; b) emitir las constancias de inscripción correspondientes; c) preparar y mantener actualizado el padrón electoral; d) proporcionar a los demás organismos electorales la información necesaria para el ejercicio de sus funciones; e) mantener el registro de identificación de las personas; f) emitir los documentos que acreditan la identidad; g) realizar la verificación de la autenticidad de las firmas de adherentes para la inscripción de las organizaciones políticas (aunque la Ley de Partidos Políticos otorga esta competencia a la Oficina Nacional de Procesos Electorales en el caso de los partidos políticos) y el ejercicio de los derechos políticos previstos en las leyes.

Entonces, en su calidad de organismo electoral, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la elaboración y actualización del padrón electoral, así como las labores de verificación de firmas para la inscripción de organizaciones políticas y los derechos de participación y control ciudadano. Sin embargo, entre sus funciones centrales destaca su carácter de registro de la información que permite la identificación de los ciudadanos.

La máxima autoridad es el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, quien es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un periodo renovable de cuatro años y que puede ser removido por el Consejo por falta grave. Su renovación en el cargo se efectuará previa ratificación por el Consejo Nacional de la Magistratura que, de no producirse, impide postular nuevamente para acceder al cargo. Al estar sometido a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, no puede ser menor de 45 ni mayor de 70 años. Tampoco pueden ejercer dicho cargo los candidatos a cargos de elección popular, o los ciudadanos que bien desempeñan cargos directivos con carácter nacional en las organizaciones políticas o los han desempeñado en los 4 años anteriores a su postulación.

🔗 **Voces relacionadas:** Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Sistema electoral.

REGLA JURÍDICA

La noción de *regla*, surge como consecuencia de la crítica realizada desde

la filosofía y la teoría del Derecho, a la concepción del Derecho mantenido por el positivismo jurídico, y concretamente por el modelo de reglas planteado por H.Hart en su obra *The model of rules*. Este movimiento crítico, promovido originalmente por el profesor norteamericano Ronald Dworkin, afirmaba que el positivismo concebía al Derecho como un sistema formado exclusivamente por reglas, cuya pertenencia al sistema podía ser establecida por un examen de *pedigree*, en el cual se estableciera si una disposición ha sido dictada por una autoridad competente mediante un procedimiento preestablecido.

De manera sucinta, los rasgos asignados a este tipo de normas jurídicas -las reglas- serían los siguientes:

- i) A diferencia de los principios, las condiciones de aplicación de las reglas serían claras y determinadas, de manera que sus excepciones (es decir, las situaciones en que no se aplica el mandato de la regla, pese a producirse sus condiciones de aplicación), en teoría, pueden ser enumeradas de manera exhaustiva.
- ii) A diferencia de los principios, las reglas contienen ya una determinación de lo fáctica y jurídicamente posible, y por lo tanto, serían mandatos de realización.
- iii) Vinculado a lo anterior, las reglas no admitirían un cumplimiento gradual, sino que tendrían una aplicación disyuntiva, vale decir, dadas unas determinadas condiciones de hecho, una regla o es cumplida, o es incumplida, sin que quepa argumentar a favor de un cumplimiento gradual.

Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- **DWORKIN, Ronald.** *Los derechos en serio*. Segunda reimpresión. Ariel, Barcelona, 1993.
- **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso.** *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Ley, principios, derechos*. Dykinson, Madrid, 1998.

REGLA DE RECONOCIMIENTO

O *Rule of recognition*. Es un tipo de regla jurídica en la clasificación realizada por el profesor Herbert L. A. Hart en su libro *The Concept of Law (El Concepto del Derecho)*, 1961).

Hart concibe un concepto de Derecho articulado de un modelo complejo de reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias de Hart son aquellas que regulan el comportamiento efectivo de los individuos, imponiéndole deberes y obligaciones; y las reglas secundarias son aquellas que regulan las reglas primarias y se distinguen en reglas de *adjudicación* que prescriben los mecanismos y confieren potestades a ciertos individuos para determinar en forma definitiva cuando una regla primaria ha sido trasgredida (tribunales y jueces); las reglas de *cambio* que posibilitan la dinámica del sistema, regulando la creación, modificación y derogación de las reglas jurídicas primarias; y la regla de *reconocimiento* que dota de unidad y certeza al sistema jurídico y prescribe los

estándares que debe cumplir cualquier regla para que sea identificada como parte integrante del conjunto de reglas jurídicas válidas. La regla de reconocimiento establece la línea divisoria entre cuáles reglas sociales pertenecen al sistema jurídico y cuáles no.

La regla de reconocimiento es el sustento sobre el cual descansa la validez de todo el sistema jurídico. En la cadena de la validez, la regla de reconocimiento es la regla *última* sobre la cual convergen todas las reglas primarias y secundarias (de cambio y de adjudicación). Pero, a diferencia de la norma fundamental de Kelsen que es una norma hipotética, la regla de reconocimiento sí existe como una práctica social compleja. En ese sentido, la aproximación a la regla de reconocimiento no es predicable en términos de validez o invalidez, porque no existe ninguna otra norma por encima de ella; sino que la regla de reconocimiento simplemente existe en los hechos y se acepta como una convención social de tribunales y funcionarios.

La regla de reconocimiento puede establecer diversos estándares de identificación, puede hacer referencia a una autoridad oficial, por ejemplo, cuando se establece que será derecho válido lo que prescriba la reina o el Parlamento, o puede hacer referencia a un criterio complejo como la alusión a un texto específico como la Constitución. Se ha discutido también acerca de si la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez los principios morales, como lo postuló el mismo Hart en su *Postscript* (Post Scriptum, 1997). El problema que ello suscita es que no hay un acuerdo sobre lo que la moral prescribe y sería incoherente con la finalidad misma para la que fue diseñada la regla de reconocimiento, esto es, fijar la unidad

y la certeza del sistema jurídico; por lo que, la incorporación de la moral terminaría convirtiendo a la regla de reconocimiento en una regla "polémica". Aunque los positivistas incluyentes replican que la convención social es respecto del nivel más alto, o sea, sobre los criterios identificatorios, mas no necesariamente respecto del contenido o aplicación de esos criterios a los casos particulares de la casuística judicial ("estrategia de abstracción").

La regla de reconocimiento también ha planteado lo que se ha denominado el "problema de la circularidad" y consiste en que si la premisa es que la regla de reconocimiento es una práctica social de jueces y tribunales y, asimismo, la reglas primarias y secundarias (de cambio y de adjudicación) son válidas si son compatibles con los criterios previamente establecidos en la regla de reconocimiento, cómo es posible que existan tribunales y jueces antes que la misma regla de reconocimiento si entendemos que éstos existen porque una regla de adjudicación les ha otorgado el poder público de administrar justicia, válida en virtud de la regla de reconocimiento. Existe entonces un problema de "circularidad". Los profesores Joseph Raz, Carlos Santiago Nino y Neil McCormick han tratado de responder esta contradicción, éste último redefiniendo el rol judicial no en clave de "poder" como implican la reglas de adjudicación (que confieren potestades), sino simplemente en reglas sociales "de deber" que pueden establecerse consuetudinariamente.

Bibliografía consultada

- HART, Herbert L.A. *El concepto del Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

- MCCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Traducción de Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010.

REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS

La entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional ha supuesto una variación importante, con relación a la legislación precedente, en lo tocante a los mecanismos de ejecución de las sentencias recaídas en los procesos constitucionales (son los casos de las medidas cautelares, la actuación inmediata de sentencia, etc.). Muestra de ello es la institución de la represión de actos lesivos homogéneos, prevista en su artículo 60.

¿De qué trata esta figura procesal?
 ¿Cuál es su finalidad? En lo básico, consiste en la represión a aquel acto nuevo, posterior a la sentencia constitucional, que incurre en el mismo vicio de inconstitucionalidad detectado en su momento por el juez. La idea es que, para contrarrestar este nuevo acto reincidente por parte del sujeto agresor, no sea necesario interponer un nuevo proceso constitucional, lo que desde todo punto de vista sería absurdo e inoficioso, y por supuesto, demasiado gravoso para el demandante.

En su lugar, la represión de actos homogéneos permite que sea el propio juez de ejecución del proceso el que interdicte este acto nuevo, previo cumplimiento de algunos requisitos que, adicionales a los establecidos en el Código, han tenido reconocimiento jurisprudencial.

Dos son los presupuestos procesales que ha de satisfacerse aquí: a) en primer lugar, y como es obvio, debe existir una

sentencia constitucional previa y estimatoria, que haya declarado la lesividad del acto cuestionado; y b) en segundo término, es requisito que esa sentencia haya sido cumplida (pues, de no haberlo sido, el problema sería uno de ejecución *strictu sensu*) (STC Exp. N° 04878-2008-PA/TC, f.f. j.j. 19-23).

Aunado a ello, para identificar si un acto lesivo es -homogéneo- a otro anterior, el Tribunal ha hecho uso de dos criterios: a) elementos subjetivos, que exigen que la persona afectada y el origen del acto lesivo sean los mismos que en la causa anterior; y b) elementos objetivos, pues el acto como tal debe presentar similares características al anterior, siendo tal homogeneidad un asunto manifiesto y evidente, no sujeto a controversia (STC Exp. N° 04878-2008-AA/TC, f. j. 42).

Un último punto a tomar en cuenta es si la institución de la represión de actos homogéneos puede tener lugar en procesos constitucionales distintos al amparo. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha respondido afirmativamente a esta pregunta (STC Exp. N° 04878-2008-AA/TC, f. j. 48), y en particular, en lo que se refiere al proceso hábeas corpus. En efecto, en la STC Exp. N° 04909-2007-PHC/TC, el Tribunal ha admitido que “carece de objeto interponer una nueva acción de tutela constitucional de hábeas corpus sobre la base de actos sobrevivientes y sustancialmente homogéneos a los declarados lesivos en un proceso de hábeas corpus, por la sencilla y elemental razón de que el juez constitucional competente para conocer de estos hechos es el juez de ejecución (...)” (STC Exp. N° 04979-2007-PHC/TC, f. j. 11).

REPUBLICANISMO

Las principales tradiciones políticas discutidas hoy en día son el liberalismo, el comunitarismo y el republicanismo. Las dos primeras son las más conocidas en nuestro medio, sin embargo el republicanismo es la que tiene más antigüedad y presenta mayor riqueza. En efecto, a diferencia del liberalismo, cuyo origen es más bien moderno, la tradición republicana hunde sus raíces en la Grecia de ciudadanos libres, en la República romana, en el Renacimiento florentino, en el Parlamento Largo inglés, en el pensamiento de los padres fundadores de los Estados Unidos de América o en el radicalismo democrático de los revolucionarios franceses.

El republicanismo ha tenido gran influencia en la conformación del constitucionalismo. Al respecto, por mencionar algunos aportes evidentes, tenemos la afirmación de la libertad e igualdad ciudadana frente a los abusos del poder mediante su control y limitación; la noción de gobierno de las leyes y no de los hombres; la existencia de deberes y límites para la libertad individual atendiendo a la comunidad política (y la noción de cosa pública: *res publicae*); la soberanía de la comunidad para decidir sus propios asuntos (autogobierno), etc.

Señalado esto, desde la ideología del republicanismo se considera básicamente que:

- La condición de ciudadano afirma la igualdad entre los miembros de la comunidad política. Se niega toda forma de privilegios: todos los ciudadanos quedan sometidos a la ley.

- La libertad individual es entendida como “no dominación”, eso significa que nadie debe ser dominado por otro, ni debe tener capacidad para hacerlo; ello debe estar garantizado institucionalmente por la comunidad política.
- Se promueve una ciudadanía de libertades basada en valores y virtudes cívicas. Los deberes ciudadanos adquieren un especial valor, en atención a la vida en comunidad y al buen gobierno de la ciudad.
- No existe una división fuerte entre el poder político y los ciudadanos; las personas son consideradas como sujetos sociales y políticos, responsables de su entorno y su comunidad. Los ciudadanos participan del Estado y de los asuntos públicos en general.
- La condición de ciudadanía plena (participación en los asuntos públicos y ausencia de dominación) requiere de la satisfacción de condiciones políticas y económicas. En este sentido, se consideran necesarios una institucionalidad y derechos políticos básicos, la consolidación y promoción de la deliberación pública, así como la satisfacción de necesidades humanas esenciales.
- Juega un rol importante la libertad de la propia comunidad política, es decir, la autonomía colectiva o el “autogobierno” de los ciudadanos.

Bibliografía consultada

- AA.VV. *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004.

- **GARGARELLA, Roberto.** *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós, Barcelona, 1999.
- **HABERMAS, Jürgen.** "Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana". En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 2, N° 3, Madrid, 1994.
- **PETTIT, Philip.** *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, Barcelona, 1999.

RESIDUALIDAD

Ante la entrada en vigencia del artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (no procede el proceso de amparo, hábeas data o de cumplimiento si existe otra vía específica, igualmente satisfactoria) mucho se ha aludido a la existencia en el caso peruano de un modelo de residualidad o subsidiariedad de los procesos constitucionales, empleando dichos calificativos como intercambiables.

En estricto, el modelo por el cual habría optado el legislador peruano es uno en el que los procesos constitucionales antes mencionados son residuales o excepcionales, lo que deriva de una interpretación conjunta de los artículos 5, inciso 2 (ya citado) y 5, inciso 3 (no procede el proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional).

En ese sentido, los procesos ordinarios no son una vía que antecede a la posterior procedencia de un proceso constitucional por la supuesta afectación de un derecho constitucional desde el momento inicial

que no fue amparada en el proceso ordinario (lo que implicaría que sean "subsidiarios"). De lo que se trata, es que acudir al proceso ordinario configura una causal de improcedencia que impide volver a evaluar el fondo del asunto que haya sido desestimado en el proceso ordinario (modelo de "residualidad").

Bibliografía consultada

- **RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.** "Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjativa y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano". En: *Justicia Constitucional*. Año I, N° 2, Lima, agosto-diciembre de 2005.
- ▶ **Voces relacionadas:** Vía igualmente satisfactoria, Vía paralela.

RESPONSABILIDAD DEL AGRESOR

El proceso de hábeas corpus tiene como finalidad la protección del derecho a la libertad personal y derechos conexos, por lo que, de declararse fundada la demanda, su principal objetivo es retrotraer la situación a aquella existente previamente a la vulneración o amenaza de la que hubiera sido objeto el afectado. En suma, se trata de una verificación del acto que vulnera o amenaza derechos, antes de quién ha sido el sujeto que ha incurrido en dicho acto.

Ante ello, durante la vigencia de la hoy derogada Ley N° 23506 (que regulaba los procesos de hábeas corpus y amparo) era posible interponer la demanda sin haber identificado o individualizado a quien habría vulnerado o amenazado el derecho que se invocaba.

Sin embargo, resulta posible que durante el trámite del hábeas corpus se determine quién es el sujeto que ha incurrido en dicha vulneración o amenaza, a quién se identifica como el “agresor” o existan indicios de su presunta responsabilidad penal. Frente a ello, tanto el hoy derogado artículo 11 de la Ley N° 23506 como el artículo 8 del Código Procesal Constitucional incluyen previsiones referidas a la responsabilidad penal, las costas y costos y la indemnización posible, todas comprendidas dentro de la figura de la responsabilidad del agresor.

■ Responsabilidad penal

Ante ello, el artículo 11 de la Ley N° 23506 indicaba que en el supuesto que al concluir los procedimientos de hábeas corpus y amparo, se haya identificado al responsable de la agresión, el juez mandaría abrir la instrucción correspondiente.

Resultaba correcto que se señalara que se requería un proceso distinto para determinar las eventuales responsabilidades penales en que se hubiera incurrido. Sin embargo, dicho dispositivo fue cuestionado por considerarlo restrictivo de las competencias del Ministerio Público, titular de la acción penal (artículo 159, inciso 1 de la Constitución) y la autonomía del Poder Judicial, que, según el tenor literal, se veía obligado (a modo de mandato imperativo) a abrir la instrucción correspondiente, sin que pudieran valorar si correspondía o no proceder en dichos términos. Por lo tanto, una interpretación de este dispositivo conforme con la Constitución generaba que el juez

constitucional remitiera las copias al Ministerio Público, quien efectuaba la investigación de la presunta conducta delictiva podía formular o no denuncia para el inicio de la etapa de instrucción ante el juez penal, y posteriormente, de ser el caso, la acusación para la realización del juicio oral en que el juez determine si se incurrió o no en responsabilidad penal.

Con la finalidad de corregir dichos problemas, pero, al mismo tiempo, reafirmar la importancia de esta institución jurídica, el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, actualmente vigente, recoge esta figura de la responsabilidad del agresor. Sin embargo, no hace referencia a la identificación del agresor, probablemente presumiendo que este ha sido identificado al momento de interponer la demanda o durante el trámite del proceso constitucional. El supuesto que prevé el artículo vigente es que de existir causa probable de la comisión de un delito, la sentencia dispondrá la remisión de los actuados al fiscal penal que corresponda para los fines pertinentes, esto es, pueda proceder, sin ninguna duda posible, en el marco de sus atribuciones como titular de la acción penal, con las correlativas funciones que le corresponde al juez penal.

De encontrarse el caso ante el Tribunal Constitucional, el artículo 50 de su Reglamento Normativo señala que, en los procesos en que sea de aplicación el artículo 8 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal oficiará a la Fiscalía de la Nación para la denuncia respectiva.

El Tribunal Constitucional peruano también ha precisado al respecto

que de lo que se trata es determinar si se logra establecer un nexo causal entre los hechos investigados en sede constitucional y la comisión de un delito, pero no porque el juez constitucional considere la existencia de responsabilidad penal, sino porque estima pertinente que el accionar del demandado se analice desde la legislación penal. Se incide en que el análisis en sede penal resulta independiente del planteado en el ámbito constitucional, por lo que el afectado por la conducta presuntamente delictiva podría iniciar las acciones penales que estime conveniente (aunque el juez constitucional opte por la no remisión) y también el Ministerio Público podría promover investigaciones de oficio. Sin embargo, también se indica que los hechos ya establecidos no podrán ser cuestionados, sino que serán prueba válida de la posible responsabilidad del agresor (STC Exp. N° 2877-2005-HC).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que solo se exige “causa probable” de la comisión de un delito, y no un grado mayor de certeza o prueba para esta remisión de los actuados, la cual deberá determinar el juez. Sin embargo, importante es destacar que ello no habilita al juez a actuar arbitrariamente, sino que deberá verificar la existencia de indicios que conjuntamente permitan derivar la comisión de un delito que requiere investigación y eventual sanción.

De igual manera, una precisión importante que formula el artículo vigente es que ante esta “probable” comisión de delito, el juez puede proceder a remitir los actuados al

fiscal penal, en supuestos distintos: a) de declararse fundada la demanda del proceso constitucional; b) de declarar la sustracción de la pretensión y sus efectos; y c) cuando se determine que la vulneración ha devenido en irreparable. Esta materia resulta relevante porque se entendía que la remisión de actuados solo podía efectuarse ante la estimación de la demanda, interpretación que el articulado vigente supera expresamente.

Adicionalmente, en la legislación vigente, al igual que en la derogada, se prevé que en el supuesto de que quien hubiera incurrido en la vulneración o amenaza del Derecho fuera una autoridad o funcionario público, se le aplicaría como pena accesoria la destitución en el cargo, la que, de ser impuesta, debe cumplir con constituirse en proporcional frente a la naturaleza y magnitud de los hechos delictivos. En todo caso, el artículo vigente ya no contempla expresamente como pena accesoria la inhabilitación para ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal, que sí se encontraba en el tenor literal del artículo 11 de la Ley N° 23506.

De igual manera, el artículo 8 del Código Procesal Constitucional (y antes el artículo 11 de la Ley N° 23506) también descarta expresamente que el actuar por orden superior pueda constituir una causal para exceptuarse de la investigación, responsabilidad o eventual sanción penal. Incluso la responsabilidad incluye el dar cuenta al Congreso de la República (Comisión Permanente) para “los fines consiguientes”, de tratarse

de los sujetos comprendidos en el artículo 99 de la Constitución vigente (artículo 183 de la Constitución de 1979), en otras palabras, el Presidente de la República, los ministros de Estado, los congresistas de la República, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los vocales de la Corte Suprema, los fiscales supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Dichos “fines consiguientes” del Congreso de la República podrían incluir investigaciones o sanciones disciplinarias o éticas, pero prioritariamente los mecanismos de acusación constitucional, incluido el juicio político (artículo 100 de la Constitución).

■ Costas y costos del proceso

El artículo 11 de la Ley N° 23506 regulaba como parte de la responsabilidad del agresor que era posible imponerle las costas del juicio, aunque no siempre se entendía que dicha obligación podía desprenderse de la propia sentencia final del proceso constitucional.

El actual Código Procesal Constitucional regula esta institución de manera independiente, en el artículo 56, aunque, por su ubicación, con alcances únicamente para el proceso de amparo. Se habilita así a que, si la sentencia declara fundada la demanda, el demandado pueda ser condenado al pago de costas (tasas judiciales, honorarios del órgano de auxilio judicial y demás gastos judiciales realizados en el proceso) y de costos (honorarios del abogado de

la parte vencedora y porcentaje para el Colegio de Abogados respectivo). De igual manera, se obliga al demandante al pago de costas y costos si se estima que incurrió en manifiesta temeridad, a modo de sanción. En el caso del Estado, solo se condena al pago de costos. Finalmente, en lo no regulado, remite a lo dispuesto entre los artículos 410 y 419 del Código Procesal Civil.

■ Indemnización

El artículo 11 de la Ley N° 23506 establecía que el agresor era susceptible de la imposición de una indemnización por el daño causado. De este párrafo, al no indicarse el órgano jurisdiccional competente para imponer costas e indemnización, algunos jueces que conocían procesos constitucionales derivaron, erróneamente, que en la misma sentencia final que emitía pronunciamiento final sobre el fondo de la controversia constitucional podían exigir el pago de una indemnización.

Al respecto, la opinión mayoritaria fue que para otorgar una indemnización se requería iniciar un proceso posterior, pues, al no tener los procesos constitucionales una etapa probatoria propiamente dicha, no resultaba coherente pretender hacer valer dicha pretensión en ellos. Ello en mayor medida cuando la imposición de una indemnización exige que se pruebe no solo el nexo causal entre un determinado sujeto activo respecto de otro (lo que podría haber quedado acreditado en el proceso constitucional), sino adicionalmente la cuantía del daño, para así calcular

el monto indemnizatorio, tareas que exceden del juez que conoce el proceso constitucional y corresponderían, en todo caso, a un juez u órgano especializado en dichas materias.

La referencia a una eventual indemnización se elimina del texto del artículo vigente sobre la responsabilidad del agresor y, en general, de todo el contenido del Código Procesal Constitucional, al entender que los procesos constitucionales no tienen como finalidad el resarcir o compensar económicamente.

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *El proceso constitucional de amparo*. Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Segunda edición, Palestra, Lima, 2006.
- **DONAYRE MONTESINOS, Christian.** *El hábeas corpus en el Código Procesal Constitucional. Una aproximación con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Jurista, Lima, 2005.

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

A diferencia del modelo auspiciado por el Estado legal de Derecho, en el que la ley era la única medida de lo bueno y lo justo, en el Estado constitucional ese lugar lo ocupa hoy la Constitución, norma que situada en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico refleja también aquellos principios y valores sobre los cuales se asienta nuestra comunidad política.

La Constitución del Estado Constitucional es, por lo tanto, no solo un texto normativo rematerializado sino, sobre todo, aquel conjunto de principios que resulta inalcanzable al poder de las mayorías. En eso consiste, precisamente, su carácter “rígido”, esto es, en la exigencia de un procedimiento más complejo que el legislativo para su modificación (por oposición a la noción de “Constitución flexible”, que no establece ninguna distinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias). Y es que, de hecho, si la norma suprema que sirve de base a este sistema jurídico-político pudiera reformularse lo mismo que una ley ordinaria, faltarían la coherencia y la estabilidad necesarias para el sustento o la viabilidad de ese proyecto. De este modo, bien podría afirmarse que existe una contradicción intrínseca entre “constitución” y “continua revisión constitucional” (Aguiló).

La idea de rigidez constitucional (cuya autoría corresponde a James Bryce) depende, a decir de algunos autores como Ferreres Comella, de una serie de factores, entre los que cabe considerar: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformar la Constitución; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; c) la exigencia o no de la participación del pueblo (que puede ser directa, a través de un referéndum, o indirecta, a través de elecciones para una nueva asamblea que deberá ratificar la reforma); d) el sistema de partidos políticos; y e) la historia constitucional del país, así como sus tradiciones políticas.

Pero la rigidez constitucional, particularmente en lo que toca a los derechos

fundamentales, ha sido un tema no exento de controversias, pues se aduce que la dificultad de reforma podría originar un divorcio entre el contenido de la Constitución y el consenso mayoritario existente en la sociedad. Como solución a este problema, se propone la formulación “abstracta” o “abierta” de las normas constitucionales, lo cual favorece una adaptación tanto “expansiva” como “restrictiva” de los derechos reconocidos en el texto constitucional, a través de la interpretación realizada en los tribunales.

En todo caso, parece evidente que la rigidez constitucional se justifica, cuando menos, desde dos perspectivas específicas: a) como técnica para proteger la práctica argumentativa ante el juez constitucional, pues si la mayoría pudiera reformar libremente la Constitución cada vez que el juez concluyera que una ley es contraria a su contenido, entonces esa mayoría no tendría incentivos para ofrecer buenas razones que justifiquen esa decisión; b) como medio para controlar las interpretaciones judiciales formuladas en los tribunales, pues la reforma (aunque de difícil consecución) es siempre una vía posible para enmendar los errores del juez constitucional; siendo evidente que la “respuesta legislativa” (vale decir, la aprobación de una ley idéntica a la que en su momento fue declarada inconstitucional por el juez) es también un medio alternativo a la reforma constitucional.

■ Resistencia constitucional

Un concepto afín al desarrollado es el de “resistencia constitucional”, acuñado por Francisco Tomás y Valiente.

Con él, se quiere significar la propiedad que tienen las constituciones de adaptarse a la dinámica política, a través de una interpretación flexible y cambiante en función de los nuevos problemas y exigencias que traspuntan los derechos fundamentales en ella reconocidos. De este modo, si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma, la resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. La similitud entre las nociones de “resistencia” y “mutación” constitucionales es innegable, lo que es consecuencia de que ellas comparten un origen común, que es entender a la Constitución como una categoría “abierta”, que permite desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas, sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma constitucional.

Pero, ¿cómo ponerse de acuerdo respecto de estos conceptos abstractos e imprecisos, en que consisten los derechos inscritos en la Constitución? La idea central es que, a pesar de que la gente puede estar en desacuerdo sobre las concepciones de esos derechos y valores, puede llegar a compartir “acuerdos incompletamente teorizados” (en palabras de Cass Sunstein). De este modo, la Constitución sería una gran explicación respecto de lo que estamos de acuerdo y un silencio elocuente respecto que lo que nos enfrenta (Aguiló). Ello compatibiliza muy bien con la idea de que el texto constitucional, antes bien que una norma taxativa

y detallista, es una guía que orienta la solución de los problemas futuros y concretos, y en cuyos valores las nuevas generaciones se identifican y reconocen. De este modo, el constitucionalismo reclama una adecuada combinación de rigidez en el aspecto constitutivo (esto es, dificultad para el cambio constitucional) y apertura en el aspecto regulativo (adaptabilidad al cambio político).

Bibliografía consultada

- **AGUILÓ REGLÁ, Josep.** "Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional". En: *Doxa*. Nº 26, 2003.
- **FERRERES COMELLA, Víctor.** "Una defensa de la rigidez constitucional". En: *Doxa*. Nº 23, 2000.
- **TOMÁS Y VALIENTE, Francisco.** "Sobre la resistencia constitucional". En: *Doxa*. Nº 15-16, 1994.

SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

En términos generales una sentencia interpretativa es toda aquella que “opta por separar las interpretaciones o las normas inconstitucionales de aquellas conformes a la Constitución”. En efecto, son fruto de haber dejado atrás la idea de una interpretación de la Constitución conforme a la ley, y de haber acogido hoy nuevos cánones interpretativos en el marco del constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, una de cuyas condiciones es justamente la “interpretación ‘conforme’ a la Constitución”, que tiene por objeto imponer al juez el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de la norma legal con la Constitución antes de declarar su inconstitucionalidad (protección de la Constitución, pero claramente también, actitud de moderación en su intervención sobre las leyes).

Si el criterio determinante para identificar a las sentencias interpretativas fuera la simple existencia (o no) de interpretaciones de la ley, esta denominación carecería de virtualidad, pues en tal caso todas las sentencias deberían ser consideradas como interpretativas, ya que desde que acogemos la distinción entre texto

o disposición normativa y norma, todo enunciado o formulación normativa, no solo es susceptible de ser interpretada, sino que debe serlo necesariamente para obtener de ella una norma jurídica. Aquí se encuentra también el fundamento que permite excluir de entre las sentencias interpretativas a aquellas que declaran la invalidez de un texto normativo del que emanan solo normas disconformes con la Constitución, pues en este caso, en ningún momento se elige una opción interpretativa para descartar otras, es decir, no se salva la ley mediante interpretación.

Sentencias desestimatorias, de falta de fundamento, o de rechazo (*rigetto*)

Son *desestimatorias* aquellas sentencias que ante la insuficiencia de los argumentos esgrimidos para sostener una pretensión de inconstitucionalidad, la deniegan, resuelven desfavorablemente o rechazan, y como consecuencia de ello se confirma la constitucionalidad de la norma cuestionada (sigue rigiendo) o se establece que la aplicación de dicha norma no infringe la Constitución, ni en su contenido organizacional ni en el que a la protección de los derechos fundamentales se refiere.

Sentencia desestimatoria “pura o simple”

Son aquellas sentencias en cuyo fallo el juez constitucional se limita a desestimar o resolver declarando infundada la pretensión interpuesta (demanda, recurso o cuestión), lo que no es óbice para que en ocasiones se pueda señalar expresamente la constitucionalidad de la ley que inicialmente se cuestiona.

El Tribunal Constitucional peruano designa como de “desestimación por rechazo simple” a este tipo de sentencias, debido a que, como acabamos de sostener, en ellas el órgano de control de la constitucionalidad se limita a declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada contra una parte o la integridad de una ley o norma con rango de ley.

Sentencias desestimatorias “por errónea premisa interpretativa”

Refiriéndose al sistema italiano, De La Vega, sostiene que en este caso, “[l]a Corte descarta la interpretación propuesta por el juez a quo, no porque sea inconstitucional *prima facie*, sino simplemente porque a la luz de los principios interpretativos normales no resulta en modo alguno fundada, o bien, tras la prevalencia de la doctrina del *Diritto vivente*, porque no es compartida en absoluto por la jurisprudencia. En estos casos el Tribunal reconstruye el “normal”

significado de la disposición, y si este no resulta contrario a la Constitución, emite una sentencia desestimatoria *per errónea premisa interpretativa*.

Se habla en este caso de errónea premisa interpretativa porque la norma cuya constitucionalidad se cuestiona es fruto de la asignación de un significado claramente equivocado a una disposición normativa, entonces, es innecesario recurrir a técnicas sofisticadas de interpretación como las empleadas en las sentencias interpretativas, bastando para corregir el error, reconducir la interpretación a su cauce normal. A partir de ese momento, si el nuevo significado correctamente asignado es válido constitucionalmente, nos encontraremos frente a una sentencia desestimatoria simple.

Este tipo de sentencias, de ninguna manera deben ser identificadas, como equivocadamente lo hacen algunos autores peruanos, con las sentencias interpretativas propiamente dichas, porque en el caso de estas últimas, el significado (norma) asignado al texto normativo -y que es sometido a juicio de constitucionalidad- no es producto de un error, es efectivamente una interpretación que cabe dentro del abanico de posibilidades que emanan de un enunciado normativo, por lo tanto, respecto de ellas, solo se podrá afirmar su validez o invalidez constitucional, mas no su error o acierto.

Sentencias “desestimatorias interpretativas propiamente dichas”

Las sentencias desestimatorias “interpretativas” propiamente dichas, son aquellas cuyo fallo no solo desestima la pretensión de inconstitucionalidad sobre una norma, sino que además “declara la constitucionalidad del precepto ‘si se interpreta’ o ‘interpretado’ en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia”. Este es el fundamento que permite afirmar que este tipo de sentencias “son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero sustancialmente estimatorias de las mismas”.

En el sistema italiano, por ejemplo, se sostiene que se está frente a una sentencia de este tipo, cuando “elevada por el juez a quo una cuestión de inconstitucionalidad sobre una disposición interpretada dentro de su normal ámbito hermenéutico, la Corte juzga que existe otra interpretación que, siendo conforme a la Constitución, evita el pronunciamiento estimatorio al que conduciría la adopción de la interpretación propuesta por el juez que planteó la cuestión. En este caso, el Tribunal salva la constitucionalidad de la disposición interpretada ‘en el sentido’ indicado en la motivación”.

“Formalmente tales decisiones se reconocen por el hecho de que en el fallo se declara infundada la cuestión de

constitucionalidad planteada, pero ‘en los términos previstos en la motivación’, enviando así a la interpretación correctiva suministrada en la motivación de la decisión, por lo que si puede decirse que todas las sentencias de la Corte son el fruto de una interpretación de las disposiciones normativas, en este caso, esta entra a formar parte, como elemento constitutivo y condicionante del fallo”.

El Tribunal Constitucional peruano, denomina a este tipo de sentencias como “sentencias de desestimación por sentido interpretativo (interpretación stricto sensu)”, en virtud de que en este caso el órgano de control de la constitucionalidad establece una manera creativa de interpretar una ley parcial o totalmente impugnada, y declara la constitucionalidad de una ley cuestionada, en la medida que se la interpreta en el sentido que este considera adecuado, armónico y coherente con el texto fundamental.

Sentencias estimatorias, de inconstitucionalidad o de acogimiento (*accoglimento*)

Se denominan *estimatorias* aquellas sentencias que en virtud de las razones expuestas por los recurrentes, amparan, resuelven favorablemente o declaran fundadas las pretensiones de inconstitucionalidad planteadas, ya sea para extraer del sistema jurídico, total o parcialmente, determinada norma legal, o para hacerla inaplicable a un caso concreto.

Con mayor detalle, sostiene el Tribunal Constitucional peruano, que las sentencias estimativas son aquellas que *declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad*. Por lo tanto –continúa afirmando–, su consecuencia jurídica es la eliminación o expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las sentencias estimativas pueden ser:

Sentencias de estimación total

Son aquellas que estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados; o lo que es lo mismo, “cuando producen la eliminación del ordenamiento jurídico de la disposición impugnada en todos los posibles significados derivables de la misma”.

Sentencias estimatorias parciales

En este “tipo de resoluciones [que] se caracterizan por la fórmula, contenida en el fallo, según la cual una disposición es declarada inconstitucional ‘en la parte en que’ prevé o dispone algo’, podemos encontrar dos posibilidades: a) que la inconstitucionalidad sea pronunciada respecto al texto de la disposición impugnada, que se presenta cuando se

declara la inconstitucionalidad de una palabra, frase o inciso textual del dispositivo normativo impugnado, y; b) que la inconstitucionalidad sea pronunciada respecto a la norma, que tiene lugar cuando la inconstitucionalidad declarada no se refleja o recae en una palabra, frase o inciso concreto del texto de la disposición normativa impugnada, sino en una parte del contenido normativo derivado de ese texto.

Concordamos con la doctrina y el Tribunal Constitucional peruano, en el sentido de que, solo este último tipo de sentencias estimatorias parciales pueden dar lugar a las sentencias estimatorias interpretativas en sentido estricto.

Sentencias “interpretativas de estimación en sentido estricto”, “manipulativas” o “moduladoras”

Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, son aquellas que señalan la inconstitucionalidad de una de las varias interpretaciones que, alternativamente, pueden derivar del precepto o texto normativo cuestionado. Este tipo de sentencias adoptan un fallo en el que se señala que el precepto impugnado solo “es inconstitucional, si se interpreta(…)” o “interpretado(…)” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos, legitimándose de esta manera las opciones

interpretativas en el sentido, que aunque ya no se desprende del texto cuestionado, indica el Tribunal Constitucional. Es decir, se excluye determinada interpretación para imponer otra.

Su denominación también de “manipulativas”, responde a que claramente en estos casos ya no es posible hablar de una interpretación “conforme” a la Constitución, debido a que “ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad y no obstante no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto” del ordenamiento jurídico.

Romboli afirma que “se habla [...] de decisiones manipulativas, para indicar que, con ellas, la Corte procede a una modificación e integración de las decisiones sometidas a su examen, de manera que estas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente del original”.

Este tipo de sentencias, como es lógico suponer, ha reavivado con mayor fuerza los debates que ya tuvieron lugar con la aparición de las primeras sentencias desestimatorias interpretativas, respecto de la legitimidad de los Tribunales o Cortes Constitucionales para llevar a cabo intervenciones de ese nivel sobre las normas. “Incluso se ha hablado de un papel de “suplencia” de la Corte con respecto al parlamento y de función paralegislativa de la primera”.

Así, por ejemplo, manifiesta Hernández Valle:

“[A] través de este instrumento procesal el juez constitucional puede terminar sustituyéndose al parlamento en su función de creador de normas primarias con eficacia *erga omnes* (sic)”.

Existe una pluralidad de sentencias manipulativo-interpretativas, y aunque muchos autores (Zagrebelsky, De la Vega, Hernández Valle, Romboli, entre ellos) consideren dentro de este grupo solo a las denominadas “aditivas” y “sustitutivas”, nosotros consideraremos también dentro de ellas a las sentencias “reductoras” y “exhortativas”.

■ Clases de sentencias manipulativas

■ Sentencias reductoras

Son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc.) del texto cuestionado es contraria a la Constitución y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada.

En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la “extensión” del contenido normativo de la ley impugnada. Para tal efecto, se ordena la inaplicación de una parte del contenido normativo de la ley cuestionada en relación a algunos de los supuestos contemplados

genéricamente; o bien en las consecuencias jurídicas preestablecidas. Ello implica que la referida inaplicación abarca a determinadas situaciones, hechos, acontecimientos o conductas originalmente previstas en la ley; o se dirige hacia algunos derechos, beneficios, sanciones o deberes primordialmente previstos.

En consecuencia, la sentencia reductora *restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada* a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto.

Formalmente, este tipo de sentencias, señalan en sus fallos o parte resolutive, “que el precepto es inconstitucional ‘en la parte en que (...)’ o ‘en cuanto (...)’ prevé o incluye ‘algo’ contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto, pero si al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional ‘por exceso’”.

■ Sentencias aditivas

Mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino solo de la omisión, de

manera que tras la declaración de inconstitucionalidad, *será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido*.

De manera similar, sostiene Romboli, refiriéndose a la labor jurisprudencial italiana, que con la denominación de sentencias aditivas, “se hace referencia a aquel tipo de resolución con la que la Corte declara inconstitucional una cierta disposición, en tanto en cuanto deja de decir algo (‘en la parte en la que no prevé que’)”.

En una Sentencia posterior a la ya citada, el Tribunal Constitucional peruano, desarrolla con más detalle las implicancias de este tipo de sentencias, refiriendo que:

“Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad *por omisión legislativa*. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar.

En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario “*ampliar*” o “*extender*” su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no

contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

El contenido de lo “adicionado” surge de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o de la interpretación analógica”.

Formalmente, en su parte resolutive o fallo, este tipo de sentencias “indican que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé (...)”, o “no incluye (...)”, o “excluye (...)” “algo” que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso de una inconstitucionalidad “por defecto”, pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto”.

■ Sentencias sustitutivas

Este tipo de sentencias “se caracterizan, [...] por el hecho de que con ellas la Corte declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. La decisión sustitutiva se compone, por tanto, de *dos parte diferentes*: una que *demuele* el contenido de la decisión impugnada; otra que lo *reconstruye*, a través de la cual la Corte procede a dotar a la misma disposición de un contenido diferente, en línea de los principios constitucionales”.

El Tribunal Constitucional peruano, en una de sus sentencias, claramente hace suya, aunque sin cita alguna, esta descripción formulada por Romboli, pues

sostiene que las sentencias sustitutivas:

“Se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados”.

En sentencia posterior de este mismo órgano jurisdiccional, se describe con más detalle este tipo de sentencias, afirmando que en este caso:

“El órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley.

Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico.

La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias

jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucionalidad–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial.

El Fallo o Parte Resolutiva de este tipo de Sentencias afirma que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, “en lugar de” otra cosa que debería prever para ser constitucional.

Como para no dejar dudas respecto de la naturaleza de las sentencias interpretativas manipulativas, en el sentido de que éstas no implican en ninguno de los casos modificación alguna sobre el texto de la disposición normativa, sino que simplemente actúan en el ámbito de los contenidos normativos que emanan de dichas disposiciones, el Tribunal Constitucional peruano, refiriéndose específicamente a las sentencias aditivas y sustitutivas, sostiene:

“Una vez que ya hemos definido las características de las decisiones aditivas y sustitutivas, es importante destacar que, según el Tribunal Constitucional peruano, éstas, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el

cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico “escribiendo” y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo”.

Sentencias exhortativas, apelativas o con aviso

Algunos, como el Tribunal Constitucional peruano las describe: como aquellas sentencias en las cuales el órgano de control constitucional declara (entiéndase “detecta”) la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Estas constituirían las denominadas por Sagües, sentencias exhortativas “de inconstitucionalidad simple”.

Otros, Olano García entre ellos, sostienen que las sentencias exhortativas son el resultado de la constatación de situaciones aun constitucionales, pero que pueden dejar de serlo –esto hace que Sagües las denomine sentencias exhortativas “por constitucionalidad precaria”–, por lo que se insta al legislador para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado por la Corte,

con la consecuencia adicional de que si ello no ocurre, este aplicará directamente el mandato constitucional en el futuro, pudiendo determinar la nulidad de la norma jurídica respectiva.

Finalmente, también pueden ser enmarcadas dentro de este tipo de sentencias las llamadas por Sagües, sentencias exhortativas “de delegación”, que son las que declaran la inconstitucionalidad de una norma y advierten al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución, semejante a una ley de delegación legislativa (ley de bases) a favor del Ejecutivo, que en el caso de la sentencia exhortativa, operaría como una especie de “norma base” de la legislación que tendrá que sancionar el Poder Legislativo.

No es desacertado, por tanto, afirmar que bajo la denominación de sentencias exhortativas, pueden agruparse un conjunto de sentencias cuyos fallos van desde un simple consejo al legislador, hasta fórmulas más coactivas que llaman al legislador a regular determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, bajo advertencia que de no hacerlo así el legislador, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva.

El fundamento teórico de esta modalidad de fallos, se encontraría, según el profesor Sagües, en

la idea del respeto del principio de división de poderes. Incluso, el que estas sentencias limiten la libertad de configuración del orden jurídico propia del legislador, al darle pautas que deben guiar el contenido del nuevo enunciado normativo, solo tendría –continúa el citado autor– el objetivo de economizar futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad (control preventivo de constitucionalidad sui generis).

Bibliografía consultada

- **DE LA VEGA, Augusto M.** *La sentencia constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- **DÍAZ REVORIO, Francisco J.** *La interpretación constitucional de la ley: las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima, Palestra, 2003.
- **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.** “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur”. En: *Ius et Praxis*. Año 10, Nº 1, Talca. 2004.
- **ROMBOLI, Roberto.** “Tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 16, Nº 48, setiembre-diciembre de 1996.

SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL

El sentimiento constitucional puede ser entendido como la identidad espiritual o sentimiento de adhesión de una comunidad con su Constitución y con la función de integración que esta cumple. No

tiene un origen racional, y debe distinguirse de la identidad o conciencia nacionales, pues el referido sentimiento se sustenta, específicamente, en la historia vivida, en las virtudes y la tradición de una Constitución en relación con el pueblo o los ciudadanos para los que rige.

Hay dos formulaciones ampliamente difundidas respecto al sentimiento constitucional. Efectivamente, de una parte Lucas Verdú sostiene que este: “consiste en la adhesión interna a las normas e instituciones fundamentales de un país, experimentada con intensidad, más o menos conscientes, porque se estiman (sin que sea necesario un conocimiento exacto de sus peculiaridades y funcionamiento) que son buenas y convenientes para la integración, mantenimiento y desarrollo de una justa convivencia”. De otra parte, Loewenstein señala que este sentimiento puede describirse como “aquella conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes políticopartidistas, económico-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad”.

Además, vale la pena tener en cuenta una noción vinculada a la de sentimiento constitucional, que es la de “patriotismo constitucional”, de origen alemán y más reciente (siglo XX). En términos generales, este patriotismo constitucional alude a una identidad colectiva con los valores y compromisos contenidos en la Constitución. Implica, además, la afirmación de los valores republicanos, democráticos y humanistas, que caracterizan a las constituciones occidentales

del siglo XX, independientemente de identidades nacionales o étnicas. Este patriotismo, así visto, es opuesto a la noción de nacionalismo, pues postula que la integración social es posible a través de la identidad en valores constitucionales y cívicos (que, comúnmente, son generales y abstractos).

Bibliografía consultada

- **HABERMAS, Peter.** *La inclusión del otro.* Paidós, Barcelona, 1999.
- **LOEWENSTEIN, Karl.** *Teoría de la Constitución.* Segunda edición, Ariel, Barcelona, 1979.
- **LUCAS VERDÚ, Pablo.** *El sentimiento constitucional (Aproximación al modo de sentir constitucional como modo de integración política).* Reus, Madrid, 1985.
- **STERNBERGER, Dolf.** *Patriotismo constitucional.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

SEPARACIÓN DE PODERES

Es un principio constitucional organizativo, propio del pensamiento político liberal, surgido en el Siglo XVII que postula la distribución de las funciones del Estado en órganos distintos para evitar el despotismo y asegurar la libertad de los individuos. Este principio es el punto de partida técnico de las constituciones modernas que protegen derechos fundamentales y es una nota básica en la arquitectura de los Estados constitucionales. El origen del principio está expuesto en la obra *Del Espíritu de las Leyes* (1748) de Montesquieu, pero se asocia además al *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* (1690) de John Locke, aunque este reconocía solo dos poderes: El legislativo y el Ejecutivo.

El principio de la separación de poderes es un instrumento que sirve para limitar la tendencia natural del Estado hacia el abuso de su poder. Parte en principio por suponer que en todo Estado, sea la forma política que adopte, tiene necesariamente tres tipos de poder: un *Poder Legislativo* que produce y deroga las leyes, un *Poder Ejecutivo* que hace cumplir las leyes y un *Poder Judicial* que juzga la violación de las leyes. Si estos tres poderes se concentran en una única persona u órgano se producirá un gobierno despótico. Por eso, para racionalizar el ejercicio de ese poder, es necesario que en el diseño del Estado estos tres poderes estén distinguiblemente separados. De esta manera, es decir, demarcado el ejercicio del poder, se moderará la voluntad estatal y se asegurará la libertad de las personas.

La separación de poderes plantea al menos dos reglas: La “regla de la independencia” y la “regla de especialización”:

- A. Según la *regla de la independencia*, los órganos no deben interferirse mutuamente en su formación y funcionamiento, lo que implica que sus autoridades no sean nombradas ni revocadas por otros órganos.
- B. Según la *regla de especialización*, las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional deben ser ejercidas por órganos distintos y, cada órgano, debe estar especializado en una función estatal específica y desempeñarla en forma exclusiva. Esto dará como resultado un órgano especializado en la función legislativa, uno especializado en la función ejecutiva y uno especializado en la función jurisdiccional.

Dependiendo de la interpretación rígida o flexible que adoptemos de

estas dos reglas nos encontraremos en una división “perfecta” o en un “equilibrio de poderes”. El riesgo de la primera es que convertiría a los poderes en compartimientos aislados y absolutos en sus terrenos, con los previsibles peligros de extremar sus funciones. El segundo, en cambio, significa que los poderes están balanceados, o sea, que existe una coordinación y frenos mutuos entre los poderes.

Modelo de equilibrio de poderes

Este esquema se encuentra en sistemas políticos modernos y se basa igualmente en el principio montesquiano de que “el poder frena al poder”. La idea es concebir a los poderes no separados entre sí, sino constituidos sobre la base de un equilibrio entre ellos, de modo que ninguno está jerárquicamente por encima ni subordinado o sometido a otro, sino balanceados. Y para garantizar este equilibrio, las competencias de los órganos deben estar coordinadas, con funciones parcialmente superpuestas y, además, poseer cualidades defensivas para poner frenos a los avances de los contrarios y remediar sus extralimitaciones. Esto último se conoce en doctrina como *checks and balance*.

En la coordinación de funciones superpuestas, se da el caso de que el Parlamento está facultado a ejercer el juicio político contra los altos funcionarios del Estado, funciones que son por su naturaleza cuasi jurisdiccionales. El Poder Ejecutivo desarrolla las leyes que dicta el Parlamento a través de los reglamentos con alcance igualmente

general y abstracto, es decir desempeña también funciones legislativas.

El sistema de frenos y contrapesos o *cheks and balance* asimismo incorpora mecanismos de control recíproco para cada órgano. En ese sentido, el Poder Ejecutivo tiene frente al Legislativo la facultad de observar sus leyes y este, a su vez, a levantarla mediante una mayoría calificada. El Parlamento se divide en dos cámaras y pueden ejercer un control político contra las decisiones del Poder Ejecutivo acerca de la conducción del Estado. También el Parlamento puede nombrar y remover a altos funcionarios públicos, como lo jueces supremos o magistrados de los tribunales constitucionales, según sea el sistema político. Se les otorga a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes y el control de los actos administrativos del ejecutivo, pudiendo decretar su nulidad.

El efecto positivo de los mutuos controles, además de moderar sustancialmente la toma de decisiones en cada rama de poder, se ve acompañada asimismo de una actividad creativa de cada uno de los actores políticos que, queriendo anticipar los vetos, se obligan a ponderar los otros intereses que los contrapesos buscan proteger. O incluso, cuando los vetos se hacen efectivos se genera un proceso de deliberación colectiva acerca de la cuestión pública que termina enriqueciendo el debate con buenos efectos democráticos. Pero, también se presentan algunas dificultades: Cuando se dan bloqueos irremediables a iniciativas de los otros poderes, generándose enfrentamientos insolubles; cuando el ejecutivo y legislativo

pertenecen al mismo partido político y los contrapesos se diluyen; o cuando los jueces son ultra conservadores y expulsan leyes, a pesar de su alto consenso democrático, etc.

Bibliografía consultada

- **PÉREZ ROYO, Javier.** *Curso de Derecho Constitucional*. Décima edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- **TROPER, Michel.** *Por una teoría jurídica del Estado*. Traducción de María Venegas Grau, Dykinson, Madrid, 2001.

SILOGISMO JURÍDICO

De acuerdo con determinada visión formalista de la argumentación jurídica, el razonamiento sobre normas, es decir, el razonamiento jurídico, es un tipo de razonamiento estrictamente formal que se rige por las reglas de la lógica, y se expresa bajo un esquema silogístico.

El silogismo expresa una estructura de razonamiento de tipo deductivo, que consta de tres elementos: una premisa mayor, una premisa menor, y una conclusión que se deriva de las dos primeras. Dicha conclusión es una nueva proposición, que se encuentra contenida en la combinación de las primeras, que constituyen su causa, de allí su carácter deductivo. La estructura simplificada del silogismo hipotético es la siguiente:

- Todos los hombres son mortales (premisa mayor).
- Pablo es hombre (premisa menor).
- Pablo es mortal (conclusión).

Pues bien, las leyes (en sentido lato, las normas jurídicas) seleccionan ciertos hechos posibles de la realidad como casos

genéricos, ligándoles una determinada consecuencia jurídica. Dado que se expresan en términos universales, se considera que constituyen la premisa mayor de un razonamiento que tiene como premisa menor el *caso concreto*, formado por un conjunto de hechos que constituyen una concreción o ejemplificación particular de aquellos términos universales. Si ello es así, entonces se desprende claramente de ambas premisas una conclusión, que vincula tales hechos particulares la consecuencia jurídica establecida en la norma, y que por lo tanto, está justificada según el Derecho. Es precisamente ese, el paradigma de la decisión judicial.

Sin embargo, este esquema ha sido criticado por reducir la labor judicial a un acto puramente formal y mecánica, donde no hay cabida a la interpretación ni a otro tipo de razonamientos no formales, probabilísticos o retóricos. Así, se ha resaltado que la interpretación de las normas (que constituyen la premisa mayor) se realiza a la luz de una determinada concepción de cuál es la finalidad del Derecho o de un particular sentido de la justicia. Del mismo modo, el *caso concreto* puede ser planteado a través de diferentes narraciones de los mismos hechos, lo cual demostraría que el razonamiento jurídico no puede ser totalmente formal, y que si bien el silogismo proporciona un marco dentro del cual los otros argumentos cobran sentido como argumentos jurídicos, no es capaz de abarcar la totalidad y la complejidad de la argumentación en el Derecho.

Bibliografía consultada

- **ATIENZA, Manuel.** *El Derecho como argumentación.* Ariel, Barcelona, 2006.

- **MACCORMICK, Neil.** "La argumentación silogística: una defensa matizada". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.* N° 30, 2007.
- **TARUFFO, Michele.** "Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica". En: *Isonomía.* N° 22, abril de 2005.

SISTEMA ELECTORAL

El sistema electoral, en sentido estricto, presenta 2 acepciones: a) el principio de representación que subyace a la elección y b) el procedimiento mediante el cual, según la cantidad de votos de los electores, se determina la cantidad de escaños o posiciones obtenidos por un candidato o una organización política como resultado de una determinada elección.

Sus elementos son la fórmula electoral, el número de escaños, la distribución de los escaños en las circunscripciones electorales y la barrera legal.

■ Fórmula electoral

La fórmula electoral es el procedimiento de cálculo por el que se convierten los votos de los electores en una distribución de escaños o cargos entre los diversos candidatos u organizaciones políticas en el distrito correspondiente.

Para simplificar su análisis, las fórmulas se han agrupado en 2 grandes bloques: mayoritarias y proporcionales.

Las fórmulas electorales procuran generar un equilibrio entre eficacia y justicia, entre la estabilidad para gobernar (por la composición "poco disgregada" del Parlamento) y la posibilidad del acceso de fuerzas

políticas minoritarias (que refleje el estado de opinión y la variedad ideológica de un Estado determinado).

■ Fórmulas mayoritarias

Las fórmulas mayoritarias tienen como objetivo la formación de mayorías o coaliciones.

Se distingue entre fórmulas de mayoría simple o relativa y fórmulas de mayoría absoluta.

En el caso de la fórmula de mayoría simple o relativa gana el candidato, de entre todos los que se presenten, que haya obtenido más votos, sin importar cuantos votos haya obtenido o la diferencia con sus contrincantes. Generalmente, se trata de un sistema electoral de una vuelta.

Por su parte, la fórmula de mayoría absoluta busca asegurar que los candidatos obtengan un apoyo mayoritario de los electores de sus distritos, por lo que se incorporan varios procedimientos, tales como i) fórmula mayoritaria a 2 vueltas (se exige obtener una mayoría determinada para resultar vencedor luego de una primera elección y, de no conseguirse ella, se realiza una segunda elección entre los 2 candidatos más votados; ii) voto alternativo o preferencial (como "lista no bloqueada"), supuesto en el que no se emite un voto únicamente a favor de una organización política, sino que, dentro de ella, se elige al candidato en concreto al cual se quiere otorgar el voto, en listas que permiten agregar candidatos

adicionales a los expresamente incluidos en ellas ("abiertas") o no hacerlo ("cerradas").

Finalmente, la fórmula mayoritaria que incluye una representación de las minorías pretende corregir las desigualdades que pueden generar las fórmulas mayoritarias puras, aunque sin llegar a una fórmula proporcional. Se produce tanto en el supuesto de limitar a un número menor de los puestos existentes aquellos por los que votan los ciudadanos ("voto limitado") como la posibilidad del elector de acumular su voto, determinado por el número de puestos susceptibles de elección, en una única opción, candidato u organización política ("voto acumulativo").

■ Fórmulas electorales proporcionales

Difieren según los ciudadanos voten a candidatos individuales o a listas de candidatos. Este último además puede generar subdivisiones, según los métodos incidan en los promedios más altos o en los restos mayores.

En relación con los métodos de los promedios o las medias más altas, tenemos la "fórmula D'Hondt", según la cual se dividen, sucesivamente, los votos obtenidos por cada candidatura u organización política entre todos los números naturales. Los resultados de tal operación son ordenados de mayor a menor, a efectos de que, según dicha prelación, se otorgue los escaños o posiciones, hasta que se agoten. Por su parte, la

“fórmula Sainte-Lague” presenta una modalidad distinta que el caso anterior, en la medida en que los divisores son solo los números impares (y no todos los números naturales), con la finalidad de reducir el beneficio a las organizaciones políticas mayoritarias y favorecer a las de tamaño medio.

De otro lado, en lo referido a los “restos mayores”, las fórmulas más comunes son las denominadas “cuota Hare” y “cuota Droop”. En ambas, el primer paso implica calcular la cuota de votos que dan derecho a un escaño, mientras que los escaños sobrantes serán distribuidos según quienes tengan mayor cantidad de votos no utilizados (“restos”). En tal sentido, la “cuota Hare” consiste en dividir el número total de votos válidos entre el número total de escaños que deben repartirse en una circunscripción, por lo que cada organización política recibe un escaño por cada cuota completa y los sobrantes según quien tenga la fracción mayor de dicha cuota. Una variación de lo anterior es el que plantea la “cuota Droop” por la que se divide el número total de votos entre el número total de escaños más uno, para efectuar la repartición según los números enteros obtenidos y el “resto”.

■ Barrera legal o umbral mínimo de representación

Implica la exigencia prevista en algunos ordenamientos jurídicos de que una organización política obtenga un porcentaje mínimo de votos, a efectos

de participar en la distribución de escaños o posiciones.

Su finalidad es evitar que se fraccione excesivamente la composición del Congreso o del órgano representativo del cual se trate, lo que genera posibles dificultades en aras de la gobernabilidad y el arribo a acuerdos.

De no obtener tal porcentaje de votos mínimo, la organización política en cuestión no participará de la repartición de escaños y posiciones, los cuales se distribuirán entre aquellas organizaciones políticas que sí logren superar tal barrera o umbral.

■ Sistema electoral en el Perú

En el Perú, equivocadamente, la Constitución vigente denomina “sistema electoral” a los 3 organismos electorales, opción legislativa que no se condice con su sentido estricto.

Sin embargo, en aplicación de las categorías antes mencionadas, pueden esbozarse algunos elementos de nuestro “sistema electoral”.

Para el Congreso de la República y el Parlamento Andino, se prevé la existencia de una barrera legal de 5%, una variante de la “fórmula D’Hondt” bajo la denominada de “cifra reparadora”, que se expone en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Elecciones en los términos siguientes, y que tiene los siguientes pasos secuenciales: a) se determina el número de votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos; b) el total de votos válidos obtenidos por cada lista se divide, sucesivamente, entre 1, entre 2, entre 3, según sea el número total de

Congresistas que corresponda elegir; c) los cocientes parciales obtenidos son colocados en orden sucesivo de mayor a menor, hasta tener un número de cocientes igual al número de los Congresistas por elegir, por lo que el cociente que ocupe el último lugar constituye la cifra repartidora; d) el total de votos válidos de cada lista se divide entre la cifra repartidora, para establecer el número de congresistas que corresponda a cada una de ellas; e) el número de congresistas de cada lista está definido por la parte entera del cociente obtenido y, en caso de no alcanzarse el número total de congresistas previstos, se adiciona la unidad a quien tenga mayor parte decimal (en caso de empate, se decide por sorteo). También se prevé la posibilidad de emplear el voto preferencial.

En el caso de las Elecciones Regionales, según prevén los artículos 5 y 8 de la Ley de Elecciones Regionales, el presidente y el vicepresidente regional elegidos son aquellos que obtienen una votación mínima (no menor del 30% de los votos válidos), pues, de lo contrario se requiere una segunda elección, en la que se proclaman electos a quienes obtengan la mayoría simple de los votos válidos. En el caso de los consejeros regionales, se han establecido circunscripciones electorales independientes por provincia y se asigna a cada una al menos un consejero regional y los demás se distribuyen en función de la población electoral, por lo que resulta electo el candidato con mayor votación y, de elegirse más de un consejero por provincia, en aplicación

de la regla de la cifra repartidora ya explicada.

Por su parte, de conformidad con los artículos 25 y 26 de la Ley de Elecciones Municipales, en las elecciones municipales se aplica la regla de la cifra repartidora o el llamado “premio a la mayoría”, que consiste en otorgar la mitad más uno de los regidores a la organización política que obtuvo la mayor votación, según lo que más le favorezca, en términos numéricos. Incluso de corresponder esto último, para las posiciones restantes en el concejo municipal se aplica la “cifra repartidora”.

Bibliografía consultada

- **GARCÍA SORIANO, María Vicenta.** *Elementos de Derecho Electoral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **NOHLEN, Dieter.** “Sistemas electorales”. En: *Diccionario Electoral. Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Centro de Asesoría y Promoción Electoral*. <<http://www.iidh.ed.cr/capel/index.htm>>.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos fue creado por la organización de los Estados Americanos (OEA) para promover la protección de los derechos humanos en las Américas. La OEA ha promulgado un conjunto de instrumentos sobre derechos humanos; entre estos instrumentos se encuentra a la Carta de la OEA, que es el

tratado constitutivo de los Estados Americanos. La Carta establece la Comisión de Derechos Humanos como un órgano de la OEA. Asimismo, la Declaración de derechos y deberes del hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), los dos protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y culturales conocido como protocolo de San Salvador (1988) y el Protocolo para abolir la pena de muerte (1990)–, la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura (1985), la Convención Americana sobre desaparición forzada de personas (1994); la Convención Americana sobre la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer (1994), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad (1999).

Los países que pertenecen solo a la OEA se encuentran obligados a cumplir con los derechos establecidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos y de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Asimismo, los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos u otros tratados interamericanos, se encuentran obligados a respetar los derechos establecidos en ellos.

La función de protección de los derechos humanos en el sistema interamericano están divididos en dos organismos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos humanos tiene como principales funciones: promover y defender los derechos humanos, elaborara informes sobre la situación de los derechos

humanos en los Estados miembros de la OEA y procesa casos individuales.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una función judicial contenciosa –que consiste en la resolución de casos individuales donde se alegue la vulneración a las disposiciones de la Convención– y una función consultiva, consistente en interpretar la Convención y otros tratados de derechos humanos, a raíz de la consulta formulada por un Estado o un organismo de la OEA (Capítulo X de la Carta de la OEA).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constantemente utilizada por el Tribunal Constitucional para resolver los casos más importante y controversiales; ello se ha producido en vista de que la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución establece que la interpretación de los derechos y libertades se realizará conforme a los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte.

Por otra parte, en el Código Procesal Constitucional se reconoce el derecho de las personas a recurrir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, al establecerse en el artículo 114 que cualquier persona que se considere lesionada en los derechos puede recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos.

Bibliografía consultada

- **MONTERISI, Ricardo.** *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Librería Editora Platense, La Plata, 2009.
- **PASQUALUCCI, Jo M.** *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights.* CUE, Cambridge, 2003.

SISTEMA JURÍDICO

La expresión *sistema jurídico* presupone tácitamente la siguiente afirmación: que el Derecho objetivo es un *sistema*, idea que normalmente es asumida por el jurista contemporáneo de cultura europeo-continental. Sin embargo, aquellos teóricos que han discutido este presupuesto, han puesto de relieve que tal sistematización no es intrínseca al Derecho, sino solo un modelo teórico que nos muestra un específico modo de entenderlo, y del cual empieza a hablarse a partir del ius-racionalismo del siglo XVII, para luego ser retomado por la civilística alemana del Siglo XIX, y finalmente convertirse en un tópico central de la teoría del Derecho contemporánea.

No obstante, la afirmación de que el Derecho objetivo sea un sistema, puede ser entendida de diversas maneras. En primer lugar, puede entenderse que el carácter sistemático del Derecho se deriva de la presencia de elementos formales (Derecho como sistema *en sentido formal*) como la existencia de *axiomas* que serían aquellos enunciados indiscutibles y que constituirían la base del sistema, a los cuales se agregarían las conclusiones derivadas de aquellos mediante las leyes de la lógica, denominados *teoremas*. Así entendido, el Derecho objetivo revestiría los rasgos de *coherencia* (ausencia de contradicción entre sus axiomas), *completitud* (posibilidad de deducir todos los teoremas desde los axiomas del sistema, sin que sea admisible aquel que no pueda ser referido a ellos), e *independencia* (imposibilidad de deducir un axioma de otro). En esta línea, por ejemplo, Alchourrón y Bulygin definen al sistema jurídico como un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas, y que correlaciona

casos genéricos con sus correspondientes consecuencias normativas. Este conjunto, en caso de ser modificado (por ejemplo, mediante la introducción o derogación de una ley), daría lugar a un *sistema jurídico* distinto, introduciéndose el concepto de *ordenamiento jurídico* para expresar la secuencia de varios sistemas jurídicos que se suceden en el tiempo.

También se ha entendido que la expresión sistema jurídico, alude al Derecho objetivo como un orden dirigido a la realización de determinados fines, o al cual subyace un sistema de valores morales o políticos específicos (Derecho como sistema en sentido axiológico). Desde este enfoque, el carácter sistemático del Derecho sería una exigencia necesaria para realizar tales valores o fines, pues por un lado, permitiría que en cada acto de interpretación o aplicación se concrete la coherencia valorativa que subyace a este ordenamiento y que puede ser captada por la razón, y por otro lado, reflejaría la idea de unidad interna del Derecho, al permitir reconducir las unidades que lo conforman y que aparentemente están desconectadas entre sí, a unos pocos principios generales básicos.

Otra concepción del Derecho como sistema, quizás la más difundida por la ciencia del Derecho, sea aquella propuesta por Kelsen, para quien el sistema jurídico es un ordenamiento *dinámico* que se caracteriza por autorregular su propia producción normativa, a través de delegaciones de poder para producir normas jurídicas. De este modo, el Derecho no sería un simple conjunto inconexo de normas jurídicas, sino que estas estarían unidas entre sí a través de una "cadena de validez", al ser cada norma singular un acto de aplicación de otra norma de rango superior

que autoriza su creación, y así sucesivamente hasta llegar a la cúspide de la pirámide normativa, en la que se encuentra la norma fundante básica, que regula en última instancia los modos de producción jurídica y que garantizaría la *unidad* del sistema.

■ Bibliografía consultada

- **BARBERIS, Mauro.** "Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Nº 20, 1997.
- **GARCÍA AMADO, Juan Antonio.** "Teorías del sistema jurídico y el concepto de Derecho". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Tomo II, 1985.
- **ITURRALDE SESMA, Victoria.** "El Derecho como sistema". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. Nº 24, 2007.
- **LOSANO, Mario.** *Sistema e struttura nel Diritto*. Vol. I: *Dalle origini alla Scuola Storica*. Segunda edizione, Giuffrè, Milano, 2002.

SISTEMA PARLAMENTARIO DE GOBIERNO

■ Definición

Según Linz, el régimen parlamentario, en sentido estricto, es aquel en el que la única institución democráticamente legítima es el Parlamento. En este tipo de régimen, la autoridad del gobierno es completamente dependiente de la confianza parlamentaria.

Los sistemas parlamentarios pueden incluir la elección de presidentes, los cuales son elegidos por voto popular directo, pero por lo general carecen de los poderes con los que cuentan el Primer ministro para dirigir las funciones gubernamentales. El Jefe

de Estado, previa excitativa del Jefe de Gobierno, puede disolver la asamblea; convocar a elecciones o actuar como mediador político entre el gabinete y las cámaras.

El régimen parlamentario es característico de los Estados con mayor desarrollo económico, tecnológico y sobre todo político del mundo contemporáneo. Por ejemplo, los países de Europa occidental, Australia, Canadá, Israel, Japón y Nueva Zelanda.

■ Características

En el Sistema parlamentarios los roles de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno se encuentran separados. El Jefe de Estado desempeña el rol honorífico, en virtud a ello, puede ser indistintamente un monarca o un Presidente de la República.

El Parlamento es quien elige al Jefe de Gobierno, y este a su vez nombra a sus ministros, que son parlamentarios.

El Primer Ministro, el Canciller o el Presidente del Consejo de Ministros es el Jefe del Gabinete y ejerce funciones gubernamentales. Debe de ser apoyado por una mayoría en el Poder Legislativo y puede caer si este no recibe un voto de confianza.

El gabinete es quien asume las funciones gubernamentales. El gabinete es un órgano colectivo compuesto por ministros, a cuya cabeza se sitúa el Jefe de Gobierno. Este puede obligarlo a dimitir por un voto de desconfianza o de censura.

El Gabinete tiene derecho a disolver el Parlamento, cuando este ha censurado a un número determinado de

gabinetes, con la obligación de convocar a elecciones generales.

■ Bibliografía consultada

- **ACKERMAN, Bruce.** "The new separation of powers". En: *Harvard Law Review*. Vol. 113, N° 3, January 2000.
- **LINZ, Juan J.** "The perils of presidentialism". En: *Journal of Democracy*. Vol. 1, N° 1, winter 1990.

SISTEMA POLÍTICO

Ni la doctrina constitucional, ni la ciencia política están completamente de acuerdo con el significado de la voz "sistema político". En lo que concierne al Derecho Constitucional, por sistema político suele entenderse principalmente a la forma en que el poder está distribuido en las sociedades.

Con respecto a esto último, si el poder se encuentra concentrado se afirma que estamos ante un sistema político autocrático (por ejemplo, dictaduras, totalitarismos, teocracias, monarquías absolutas, cesarismos, etc.); de otra parte, si el poder se encuentra ampliamente distribuido en una comunidad, estamos ante una democracia (que podría ser, por ejemplo, democracias constitucionales, monarquías constitucionales, poliarquías, partidocracias, presidencialismos, parlamentarismos, etc.).

De otra parte, también en lo concerniente al Derecho Constitucional, por sistema político algunos autores aluden a los denominados "régimen político", "sistema de gobierno" o "forma de gobierno". Estos regímenes políticos son definidos teniendo en cuenta las concretas instituciones políticas y de gobierno de los Estados,

especialmente en las democracias constitucionales. Entre los principales sistemas de gobierno suele considerarse al presidencialismo, parlamentarismo, semipresidencialismo, hiperpresidencialismo y régimen de asamblea.

SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO

■ Definición

Según Bolívar en los nuevos Estados de la América, antes española, necesitan reyes con el nombre de "presidentes". Esta idea, generalmente está asentada en que las nuevas democracias eligen el presidencialismo bajo la premisa de que se requiere de ejecutivos "fuertes". En vista de que en el momento de que los Estados de América Latina alcanzaron su independencia, solo existía el régimen presidencial de los Estados Unidos y los regímenes reales conviviendo con ellos.

En líneas generales se puede señalar que el presidencialismo se caracteriza básicamente por: la elección popular y directa del Presidente; una completa separación entre el ejecutivo y el legislativo; y un periodo fijo del presidente.

Según David Samuels y Kent Eaton, el presidencialismo tiene dos características principales. Por un lado, los "poderes unilaterales del ejecutivo" (veto legislativo, dictado de decretos con fuerza de ley, iniciativa en materia presupuestaria, etc) y por otro lado, la "separación de propósitos" (que se da cuando el ejecutivo y los legisladores difieren en sus

incentivos, preferencias, y respecto de los grupos, presiones y demandas a que deben responder).

Cuestionamientos al presidencialismo

Según Marcelo Alegre, contra el presidencialismo se han esgrimido como críticas principalmente los siguientes argumentos:

- El problema de las legitimidades en conflicto (Legitimidad del parlamento separada del Presidente).
- El problema de la rigidez: Un sistema que establece barreras muy altas para la vacancia del Presidente.
- Tendencias mayoritarias: Se desalienta los acuerdos y consensos, los que son especialmente necesarios en épocas de crisis y de transición. “Democracias delegativas”, en que los presidentes están “habilitados a gobernar al país como se les ocurra”.
- Personalización del poder: Un enorme poder queda concentrado en las manos de una sola persona.
- Giros abruptos: el ganador quebranta sus compromisos electorales y encara políticas diferentes a las anunciadas.
- Conservadurismo institucionalizado: un número mayor de actores con poder de veto que los sistemas parlamentarios.
- La probabilidad de que un proyecto legislativo del gobierno sea aprobado por el Congreso es menor en el presidencialismo, dada

la alta frecuencia de gobiernos en minoría.

- Cualquiera que esté preocupado por implementar una agenda de reforma en América Latina debería tomar nota de que en un sistema presidencialista los cambios frente al status quo: 1) son más improbables, 2) menos profundos, 3) más lentos, 4) más costosos.
- Corrupción e ineficiencia. presidentes irresponsables ante el electorado y *ante el Congreso no son la mejor garantía de transparencia ética.*

Por su parte, Juan Linz propone el cambio de los países de América Latina hacia un sistema parlamentario, argumentado que pocas democracias sólidas han asumido un sistema presidencial, en vista de que en el sistema presidencial, el Presidente y el parlamento tienen una competencia de demandas de legitimidad. Ambos son elegidos popularmente y en el su origen y sobrevivencia son independientes el uno del otro. El conflicto es siempre latente entre ambos poderes y algunas veces es posible de erupcionar dramáticamente. Frente a estos potenciales conflictos no hay un principio democrático que medie en una solución de tales conflictos.

El fenómeno de la democracia delegativa en el sistema presidencial

Guillermo O'Donnell ha documentado este fenómeno observado en las democracias de América Latina, el fenómeno de “democracia delegativa” en contraposición de la “democracia

representativa". Así, la democracia delegativa se caracterizaría por:

- El Presidente se presenta a sí mismo por encima del partido.
- Las instituciones como el Congreso y el Poder Judicial son visto como un obstáculo.
- El presidente y su *staff* son los principales definidores de las políticas a adoptar en el país.

En vista de ello, la conjunción de ambos fenómenos tiende a producir:

- Presidentes que adoptan un discurso que ataca a partes claves de la sociedad política (el Congreso y los partidos políticos).
- El presidente opta por basarse en un estilo político "Presidente-Pueblo", y un discurso que marginaliza a grupos organizados en la sociedad política y de la sociedad civil.

Bibliografía consultada

- ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers". En: *Harvard Law Review*. Vol. 113, N° 3, January 2000.
- LINZ, Juan J. "The perils of presidentialism". En: *Journal of Democracy*. Vol. 1, N° 1, winter 1990.

SOBERANÍA

Desarrollo histórico del concepto de ~

Desde Aristóteles, la noción de soberanía (del latín *super omnes*, "sobre todos") ha sido entendida de manera general como aquel poder sobre el cual no existe otro. Bodin y Hobbes

proyectaron este término para servir a su percepción de una urgente necesidad de orden interno, que convenientemente sirvió para reafirmar el poder de las monarquías.

Según el medievalista Ernst Kantorowicz en su clásica obra *The King's two bodies* (1957) describe la profunda transformación de la concepción de "autoridad política" durante la Edad Media. Así, el cambio se produjo cuando el concepto del cuerpo de Cristo se convirtió en una noción de dos cuerpos: la *naturale corpus*, la hostia consagrada en el altar; y el *mysticum corpus*, el cuerpo social de la iglesia con su estructura administrativa. Precisamente esta última noción asimilada a una organización social y colectiva con carácter permanente vendría a ser comprendida como una entidad política: el cuerpo político.

Así, el concepto moderno de soberanía surgió de la lucha emprendida por la realeza la Iglesia católica que proyectó su soberanía absoluta sobre los reinos y principados de Europa. Con la Paz de Augsburgo (1555), cuya consecuencia fue lograr la paz entre católicos y luteranos en Alemania, se propició que los príncipes y reyes tengan autoridad sobre los asuntos religiosos. Esta supremacía del poder de los príncipes y reyes sobre la iglesia se asentaría aún más con la paz de Westfalia. Cabe recordar que Inocencio X denunció este tratado como nulo por socavar la fe católica; sin embargo, su oposición al tratado de paz no tuvo ninguna consecuencia. A partir de este momento el Estado es la institución política en la que la soberanía se encarna. Un conjunto de estados forman un sistema de estados soberanos.

El Estado ha sido titular de la soberanía externa desde la paz de Westfalia (1648); a partir de este evento, la soberanía externa establece la condición básica de las relaciones internacionales y las interferencias en las prerrogativas de otros Estados se rigen en ilegítimas. Asimismo, se consolida la organización del Estado, cuya transición había empezado en la Edad Media. La soberanía comprende dos aspectos. Soberanía interna y soberanía externa. La autoridad soberana se ejerce dentro de las fronteras de un Estado, tanto para nacionales como extranjeros.

■ ~ popular

Con las palabras “nosotros el pueblo” incorporadas en la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica (1789), los revolucionarios americanos inauguraban el concepto de voluntad popular como la fuente de autoridad política. Esta regla fue confirmada por la Revolución Francesa y el surgimiento de los gobiernos populares y democráticos. De ahí en adelante, la legitimidad política se basaba en la voluntad popular, la autoridad gubernamental se fundamentaba en el consentimiento de la población del territorio en que un gobernante ejercía su poder.

La soberanía regia o popular, seguía siendo considerada como absoluta, en vista de que no hay un poder superior. Así, las distintas concepciones de soberanía de las democracias populares, comunismo y el fascismo surgieron e incluso coexistieron. Sin embargo, luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la

soberanía popular fue firmemente enraizada como uno de los postulados fundamentales de la legitimidad política de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En la Carta de las Naciones Unidas (1945), se aseguró el principio de respeto de la soberanía estatal en el artículo 2.4: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado [...]”. Por su parte, el artículo 2.7 estableció que: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados [...]”. Sin embargo, la irrupción del respeto por los derechos humanos hizo necesario que la soberanía sea configurada de una manera limitada. Los Propósitos de las Naciones Unidas son: “[...] Realizar la cooperación internacional en [...] el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión [...]”.

En relación a la limitación de la soberanía, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que se denomina a sí misma como el “estándar común para todos los pueblos”, estableció en el artículo 26(3) que: “La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio

universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". Así, puede decirse que el Derecho internacional hoy en día protege la soberanía popular, lo cual excluye el empleo de esta noción para avalar actos de gobiernos que contravienen los derechos garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los distintos tratados de derechos humanos.

En vista de estos desarrollos, la soberanía debe de ser reconceptualizada para acomodarse a la porosidad que esta concepción debe tener frente a la protección de los derechos humanos. Sin embargo como hace notar Pemberton, la dificultad de reconceptualizar la noción de soberanía radica en que esta debe ir en contra de la forma como se le ha venido entendiendo desde sus inicios: suprema, absoluta y de indivisible autoridad.

■ Configuración de la ~ en la Constitución de 1993

En el Preámbulo de la Constitución de 1993 destaca que el Congreso Constituyente actúa "obedeciendo el mandato del pueblo peruano", lo que remarca el carácter de soberanía popular asumido en la Constitución de 1993. La concepción de la soberanía popular se ve aún más reforzada con el artículo 45 de la Constitución cuando se señala que: "El poder del Estado emana del pueblo". En ese sentido, en el artículo 43 de la Constitución de 1993 se destaca que la República del Perú es democrática, social independiente y soberana.

Esta configuración del rol del pueblo como legitimador de la Constitución hace que el pueblo no sea simplemente un conjunto de destinatarios de las normas jurídicas, sino que, en su origen, es su voluntad cristalizadora de derechos. Esta función cristalizadora de derechos se vislumbra más diáfana en el artículo 54 de la Constitución, que establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (artículo 138).

Asimismo, se establece como uno de los principios y valores de la Constitución la soberanía del pueblo (artículo 3). El principio de soberanía del pueblo ha sido considerado como un límite material implícito al poder de reforma constitucional.

En el artículo 44 de la Constitución se establece que la defensa de la soberanía nacional es un deber fundamental del Estado y en el artículo 54 de la Constitución se remarca que el Estado peruano ejerce soberanía sobre el espacio aéreo y marino; así como de los recursos naturales renovables y no renovables (artículo 66). Esta variación del término soberanía popular por soberanía nacional, es una situación que ha ocurrido en otras constituciones como la Constitución española y francesa, donde se han asumido ambos términos como sinónimos, sin embargo, desde una lectura estricta ambos términos representan conceptos distintos.

Por otra parte, en tanto a los tratados que tengan relación con la soberanía nacional se establece que su aprobación deberá de contar con la aprobación del Congreso antes de la ratificación por el Presidente de la

República (artículo 56). Asimismo, el Congreso tiene el mandato constitucional de prestar su consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras, las cuales de ninguna forma deben afectar la soberanía nacional (artículo 102, inciso 8).

También, la Constitución asigna al Presidente de la República el mandato de adoptar medidas necesarias para la defensa de la soberanía del Estado (artículo 118, inciso 15). Asimismo, las fuerzas armadas tienen la finalidad primordial de garantizar la soberanía de la república (artículo 165).

Noción de ~ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversos casos sobre la noción de soberanía. En el caso Carmen Pisfil García (EXP. N° 05761-2009-PHC/TC), el Tribunal Constitucional entiende la soberanía como “la potestad político-jurídica que permite decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado” (f. j. 28). En este caso, correctamente se entiende que la soberanía político-territorial consiste en el ejercer pleno poder sobre el territorio de un Estado, y que correlativamente existe el deber de garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos. Así: “Una de las manifestaciones de la soberanía, es aquella que se denomina soberanía político-territorial, que consiste en el ejercicio del poder pleno, exclusivo y excluyente del que dispone un Estado sobre el territorio, pueblo y bienes materiales e inmateriales que se encuentran dentro de sus fronteras;

derivándose de ello que, por sobre el orden jurídico nacional, no puede existir ni reconocerse voluntad ajena ni superior al Estado mismo, que interfiera en su propia organización política ni jurídica. Consecuentemente, el Estado se encuentra en la obligación de cumplir con el deber de “(...) defender la soberanía nacional, garantizando la plena vigencia de los derechos humanos [...]” (f. j. 29). Asimismo, en este caso se consideró que no se afecta la soberanía nacional cuando un juez se avoca a delitos perseguibles mediante la jurisdicción universal (f. j. 42).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el caso ALC Perú-Chile (Exp. N° 0002-2009-AI/TC), se cuestionó que se estableciera una cláusula a favor del arbitraje internacional, pues se consideraba que tal disposición afectaba la soberanía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que tal disposición no afectaba la soberanía nacional en vista del reconocimiento existente en la constitución del arbitraje internacional, así como por la propia naturaleza del comercio internacional que exige seguridad y rapidez en las transacciones (f. j. 28).

En consecuencia, la demanda fue declarada infundada, considerándose que el literal a del artículo 2.2., sobre la “Definición específica del país”, del Capítulo 2 “Definiciones Generales” del ALC Perú-Chile, es constitucional en tanto que, interpretativamente, el concepto de “territorio continental, las islas, los espacios marítimos y el espacio aéreo bajo su soberanía (...)” se conciba de conformidad con el artículo 54 de la Constitución; es decir,

que se entienda que la soberanía y jurisdicción que le compete al Estado peruano abarca al dominio marítimo que ejerce sobre las doscientas millas marinas adyacentes a sus costas, como parte del espacio territorial en el que se aplicará el Tratado de Libre Comercio con Chile.

Bibliografía consultada

- **GAVRILIS, George.** *The Dynamics of Interstate Boundaries.* Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- **KANTOROWICZ, E.** *The King's two bodies: A study in medieval political theology.* Princeton University Press, Princeton, NJ, 1957.
- **PEMBERTON, Jo Anne.** *Sovereignty. Interpretations.* Palgrave Macmillan, New York, 2009.
- **REISMAN, Michael.** "Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law". En: *The American Journal of International Law.* Vol. 84, N° 4, 1990.

SOLIDARIDAD

Uno de los retos asumidos por la filosofía del Derecho contemporánea, ha sido introducir la solidaridad como un valor político y jurídico que pueda servir como fundamento a los derechos humanos, especialmente de los derechos económicos, sociales y culturales, o de los llamados "derechos de la tercera generación" abandonando su concepción como una virtud moral personal que puede proyectarse y aplicarse en el ámbito público.

Sin embargo, ante esta posibilidad se han alzado diversas e importantes objeciones. Se ha sostenido por ejemplo, que al ser voluntaria, la solidaridad no podría ser

impuesta por la fuerza, sin desnaturalizarse. Se señala también que el concepto de solidaridad genera confusión, y que resulta innecesario recurrir a valores distintos a los tradicionales (libertad, igualdad y seguridad) para buscar el fundamento de los derechos humanos.

Desde otra perspectiva, se ha asumido la defensa de la solidaridad como un principio político que exige "asumir como propio el interés de un tercero", resaltando así que se trata de un concepto que presupone la existencia de un "nosotros" frente a un "ellos". De este modo, el progreso moral consistiría en extender los límites del primer conjunto para abarcar cada vez más personas, hasta que ambas categorías lleguen a disolverse. Asimismo, se ha resaltado que la solidaridad sería útil para fundamentar la relevancia moral de las omisiones, es decir, para sostener que se puede actuar inmoralmente por omisión.

Otras posturas consideran que las objeciones al reconocimiento jurídico de la solidaridad, obedecen a la falta de comprensión suficiente de este valor como motor del modelo de Estado social de derecho. De Lucas, por ejemplo, considera que la solidaridad no es "asumir como propio el interés de un tercero", sino más bien "asumir como propio el interés de todos", con lo cual, se hace necesario reconocer como punto de partida, la existencia de necesidades o intereses comunes, o como presupuesto, la pertenencia a una comunidad y la interdependencia de intereses que no excluye la diferencia, como lo señala el autor.

Así, la redefinición del modelo de Estado Social y del concepto de ciudadanía partiendo de reconocer que la pobreza, la marginación y la exclusión son

productos sociales, y de que los deberes de asistencia no se derivan de la necesidad de cubrir las fallas del mercado, sino de la necesidad de compensar a aquellos otros ciudadanos y grupos que también forman parte de la comunidad política (o de la estructura social) y que contribuyen a su bienestar; sería lo que permitiría fundamentar estos deberes acudiendo al valor de la solidaridad.

Bibliografía consultada

- **DE LUCAS, Javier.** "Solidaridad y derechos humanos". En: TAMAYO, J. *10 palabras claves sobre derechos humanos*. Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005.
- **FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio.** "La profundización moral de la democracia". En: AA.VV. *Valores, Derechos y Estado a finales del siglo XX*. Dykinson, Madrid, 1996.
- **GONZÁLES AMUCHÁSTEGUI, Jesús.** "Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad". En: *Sistema*. Nº 101, 1992.

SUBSIDIARIEDAD

En el marco de la economía social de mercado que la Constitución consagra y, de manera particular, a partir del artículo 60 del mismo texto normativo, el texto constitucional acoge el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía y "se plantea el reconocimiento de la existencia de una función interventora supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común".

Sin embargo, debido a que el bien común constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria, el cual se encuentra subordinado al

mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquella. En otros términos, la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades de hombre.

En relación al principio de subsidiariedad, el Tribunal Constitucional ha señalado que este puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. (STC EXP. Nº 0008-2003-AI/TC).

■ ~ vertical

Así, la subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos solo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.

■ ~ horizontal

Mientras tanto, la subsidiariedad horizontal tiene lugar en la relación que existe entre el Estado y la ciudadanía; en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial. Sin perjuicio de lo señalado por el Tribunal, se debe puntualizar que el principio de subsidiariedad no pone en entredicho el rol y la importancia del

Estado en el marco de una economía social de mercado; y, por el contrario, se deberá entender que “el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

Bibliografía consultada

- **CASSAGNE, Juan Carlos.** *Derecho Administrativo*. Tomo I, Palestra, Lima, 2010.
- **LANDA ARROYO, César.** “Principios rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución económica de 1993”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 3, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, setiembre de 2007.

SUBSUNCIÓN

Es una teoría mecanicista de la interpretación propuesta por el positivismo jurídico decimonónico, según la cual la aplicación de Derecho se ajusta al método de la subsunción que consiste, centralmente, en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla.

De acuerdo con esta forma de interpretación, el juez desempeña una función “neutra” o de simple autómatas que se limita al fallo previsto en la ley, cuando los elementos de hecho examinados coinciden con los descritos en la propia ley. A partir del dogma de la plenitud del Derecho y, más concretamente, del Derecho

del Estado que en el fondo era el único que se reconocía, el juez verifica la operación técnica de acuerdo al modelo silogístico, en la que se hayan ausentes los elementos ideológicos o políticos. “Un buen magistrado, dirá Mourlon, es aquel que somete su razón a la de la ley”.

No obstante, resultaría ocioso conformarse hoy todavía con todas esas ideas, según manifiesta la doctrina mayoritaria. Otto Bachof explica que “ya desde la superación del dogma de la falta de lagunas del ordenamiento legislativo, debido al célebre discurso rectoral de Tubinga e inaugural de Leipzig de Oscar Bülow sobre Ley y Judicatura (1885), al no menos conocido discurso de Tubinga de Gustav Rümelin sobre Juicios de valor y decisiones arbitrarias (1891), al detenido análisis de Reichel sobre Ley y Sentencia (1915) (...) se hizo evidente que en verdad el juez no ha correspondido nunca a la concepción de Montesquieu de un mecanismo de pura subsunción.”

Por ello, en la actualidad esta teoría de la interpretación no es asumida inclusive por ningún positivista, quienes ahora defienden la tesis opuesta de la discrecionalidad judicial, que considera a la interpretación como una actividad más o menos sujeta a las normas, pero donde se mantiene siempre un espacio de libertad o discrecionalidad. (Para más detalle véase la voz creación judicial).

Bibliografía consultada

- **BACHOF, Otto.** *Jueces y Constitución*. Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, primera edición, Civitas, Madrid, 1985.
- **LINFANTE VIDAL, Isabel.** *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Palestra, Lima, 2010.

- **PRIETO SANCHÍS, Luis.** *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho.* Pa-lestra, Lima, 2007.

SUJETOS MERECEDORES DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

Conforme con la Constitución, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y tratados sobre derechos humanos, las personas en situación de postergación, debilidad o vulnerabilidad merecen una especial atención y cuidado por parte del Estado, sea porque pueden padecer abusos por parte de otras personas, y sus derechos puedan quedar amenazados o vulnerados por tener capacidades diferentes, o porque cuentan con menos oportunidades que los demás. A estos grupos se les considera “sujetos merecedores de especial protección constitucional” y requieren una protección reforzada para poder ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

Al respecto, si bien el Estado tiene el deber de tratar a todos sus ciudadanos por igual, sin establecer privilegios (igualdad formal); también es cierto que en algunos casos es constitucionalmente necesario atender de manera distinta a las personas debido a sus especiales características o a las graves situaciones de desigualdad en que se encuentran, asegurando la igualdad de oportunidades (igualdad material). Tal es el caso, por antonomasia, de los sujetos débiles o desventajados, sea como correlato de sus características o condiciones particulares, o como consecuencia de las estructuras sociales existentes.

Si bien la Constitución no ha señalado taxativamente cuáles personas son merecedoras de especial protección, recientemente el Tribunal Constitucional se ha referido a la categoría de “grupo merecedor de protección especial” o “sujetos de especial protección constitucional”, (STC Exp. N° 04749-2009-AA/TC), atendiendo al estado de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentran las personas con VIH/sida, y tomando como base la tutela especial que en los artículos 4 y 7 de la Constitución se consagra a favor de las madres, los niños y adolescentes, los ancianos en estado de abandono y las personas con discapacidad. Asimismo, además de estos grupos, en diversa jurisprudencia del Tribunal puede hallarse a otras personas o colectivos que también han merecido una tutela reforzada; tal es el caso, por ejemplo, de las comunidades indígenas (a la luz del Convenio OIT 169), los enfermos terminales y las personas con enfermedades mentales.

En Colombia, que ha reconocido similarmente la existencia de “sujetos de especial protección”, se incluye también a las mujeres, los homosexuales, los desplazados por la violencia, los indigentes y los reclusos. Es más, atendiendo a los tratados sobre derechos humanos vigentes en el Perú, puede considerarse también como personas merecedoras de especial protección a los refugiados –según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados– y a los trabajadores migratorios –conforme a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares–.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES

Órgano constitucional autónomo previsto en la segunda parte del artículo 87 de la Constitución Política de 1993, que ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley. Se rige por la Constitución y por su Ley Orgánica, contenida en la Ley N° 26702-Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Dicha ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia, estableciendo su ubicación dentro de la estructura del Estado, definiendo su ámbito de competencia y señalando sus funciones y atribuciones.

Respecto de su finalidad, el artículo 347 de la Ley N° 26702 establece que corresponde a la Superintendencia defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, velando porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen; ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios y denunciando penalmente la existencia de personas naturales y jurídicas que, sin la debida autorización ejerzan las actividades señaladas en la Ley N° 26702, procediendo

a la clausura de sus locales, y, en su caso, solicitando la disolución y liquidación del infractor.

El funcionario jefe de la institución es el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Su nombramiento compete al Poder Ejecutivo y es ratificado por el Congreso de la República. Ejerce el cargo por el periodo constitucional del gobierno que lo designa y puede ser nombrado para uno o más periodos sucesivos. Además, la Ley N° 26702 establece que el Superintendente continúa en el ejercicio del cargo mientras no se designe a su sucesor.

Entre los requisitos para ser Superintendente se cuenta: (a) ser de nacionalidad peruana, (b) ser mayor de 30 años, (c) contar con estudios especializados y experiencia no menor de cinco años en materias económicas, financieras y bancarias; y, (d) tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.

En cuanto a sus recursos, el presupuesto de la Superintendencia es aprobado por el Superintendente, quien tiene a su cargo su administración, ejecución y control. Dicho presupuesto es cubierto mediante contribuciones a cargo de las empresas supervisadas. El control de la ejecución presupuestal de la Superintendencia está a cargo de la Contraloría General de la República.

Bibliografía consultada

- **KRESALJA, Baldo y OCHOA, César.** *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

SUPLENCIA DE QUEJA DEFICIENTE

El artículo 7 de la Ley N° 23506 (que regulaba los procesos de hábeas corpus y amparo) imponía al juez el deber de suplir las deficiencias procesales en que incurriera la parte reclamante, bajo responsabilidad.

La institución reconocida en dicho artículo se denominó de diversas maneras, incluso desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tales como “principio de suplencia de queja” (STC Exp. N° 0461-1997-AA/TC y STC Exp. N° 0141-2002-AA/TC), “principio de suplencia de queja deficiente” (STC Exp. N° 0224-2001-AC/TC y STC Exp. N° 2284-2002-AA/TC), o “principio de suplencia de deficiencias procesales” (STC Exp. N° 0024-2005-Q/TC).

Al margen de su denominación, para establecer los alcances de esta institución jurídica se ha señalado que, tras su evolución en el tiempo, comprendería, a su vez, tres (3) principios: (1) suplencia del error, (2) suplencia de la queja stricto sensu, y (3) suplencia de los agravios en los recursos.

Previamente al desarrollo independiente de cada uno de ellos, preciso es señalar que este último aspecto es considerado reciente y no necesariamente vigente desde los orígenes de la institución en el Derecho mexicano.

■ Principios en la ~

■ La suplencia del error

La suplencia del error hace referencia a la atribución del órgano jurisdiccional de suplir la equivocación del demandante al invocar

el derecho que alega vulnerado o amenazado.

Desde algunos planteamientos, este error de identificación del derecho fundamental podría solucionarse con la aplicación del principio *iura novit curia*, que habilita al órgano jurisdiccional a aplicar correctamente el Derecho objetivo, pero también, simultáneamente, el Derecho subjetivo materia de la controversia, tal como también ha hecho el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC).

■ La suplencia de la queja stricto sensu (“suplencia de la queja”)

La suplencia de la queja stricto sensu alude a la competencia del órgano jurisdiccional de suplir la omisión, imperfección o carácter errado en los hechos o el razonamiento, para hacer valer, de oficio, cualquier aspecto inconstitucional de los actos materia de la demanda. Sin embargo, este deber del juez de proceder en estos términos antiformalistas y proteccionistas (del agraviado), como excepción al principio de congruencia, tiene como límite a la improcedencia de la demanda, es decir, no es posible superar una causal de improcedencia por la aplicación de este principio.

■ La suplencia de los agravios en los recursos

La suplencia de los agravios en los recursos conlleva a que el juez

supla los errores en que incurra alguna de las partes al interponer recursos o medios impugnatorios.

■ Vigencia de la ~

Pese a su no inclusión expresa en el Código Procesal Constitucional, se le identifica como una manifestación de los principios procesales reconocidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, especialmente del principio de dirección judicial del proceso, que reconoce un rol más activo del juez, y del deber del juez de “impulsar de oficio los procesos”, así como de “adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”. También, como forma de mantener indiscutiblemente su vigencia, se deriva del principio de *iura novit curia*, tal como ha hecho el propio Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 4067-2005-PHC/TC).

Sin embargo, adicionalmente a su vigencia como correlato de otros principios procesales, se han esgrimido como razón para sustentar su posible aplicación el que un fundamento del principio de suplencia de queja deficiente es la propia naturaleza de los procesos constitucionales y, en concreto, la plena, eficaz y oportuna protección de los derechos fundamentales, que habilita la aplicación de este principio al permitir un trámite de los procesos constitucionales con mayor celeridad y eficacia. Así, facilita el acceso a la tutela jurisdiccional, como también supone el principio *pro actione* que exige que, ante la duda, debe optarse por aquella alternativa

que permita una optimación o mayor eficacia del derecho, y no una que limite su posible tutela (STC Exp. N° 0933-2000-AA/TC).

Por tanto, ante el preeminente valor de los derechos cuya tutela pretende (STC Exp. N° 1120-2002-HC/TC), pese a no encontrarse en el texto del Código Procesal Constitucional, mantiene su vigencia en la medida en que favorece que el proceso constitucional cumpla realmente su cometido, así como la especial protección jurídica de su objeto: los derechos fundamentales.

■ Supuestos de aplicación de la ~

Desde un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se han identificado como supuestos de posible aplicación de este principio los siguientes:

El demandante equivocó los fundamentos de derecho de la demanda.

El demandante acude a un proceso invocando un derecho que no resulta amparable, pero, con los mismos hechos, se puede amparar otro derecho en otro proceso constitucional (“reconversión de procesos” o pronunciamiento sobre el fondo).

El demandante no identificó el acto lesivo o lo ha identificado erróneamente. En este supuesto, puede incluirse el que se aluda erradamente el acto o norma que debe inaplicarse, o que no se solicite su inaplicación al caso, cuestiones que debe suplir el órgano jurisdiccional.

El demandante invocó un derecho constitucional distinto al que, según los hechos del caso, habría sido afectado.

El demandante no identificó el derecho que se habría vulnerado o amenazado.

El demandante cuestionó con la demanda la amenaza de un derecho, que devino en vulneración durante el trámite del proceso.

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *El proceso constitucional de amparo*. Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- **CARPIO MARCOS, Edgar.** “La suplencia de la queja deficiente en el amparo: un análisis comparativo”. En: *Derecho Procesal Constitucional*. Susana Castañeda Otsu (coordinadora). Tomo II, segunda edición, Jurista, Lima, 2004.
- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I, segunda edición, Palestra, Lima, 2006.
- ▶ **Voces relacionadas:** *Iura novit curia*, Reconversión de procesos constitucionales.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Es uno de los elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho, según el cual todos los poderes constituidos están por debajo de la Constitución; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, todas sus disposiciones tienen eficacia directa y obligan por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública, motivo por el cual se ha afirmado

que el ordenamiento jurídico nace y se fundamenta en la Constitución y no en la ley (STC Exp. N° 050-2004-AI/TC y otros, STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC).

Por ello, aquellas ideas decimonónicas que concebían a la Constitución como un mero documento político, carentes de cualquier efecto inmediato, dirigido al legislador y que solo afectaba a los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes (eficacia indirecta), fueron dejadas de lado, por un modelo en donde la Constitución tiene plena eficacia directa.

En ese sentido, el sistema de eficacia directa significa que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar Derecho –incluso la administración pública–, habrán de tomar a la norma constitucional como una premisa de su decisión, al igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias:

- a) Dado que la Constitución es norma superior habrán de examinarse con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional.
- b) Habrá de aplicarse la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica.
- c) Habrán de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más.

Con ello, la incidencia de la Constitución sobre el ordenamiento deja de depender

exclusivamente de la ley y del control de constitucionalidad de la ley, pues la eficacia directa significa que la Constitución se aplica junto a la ley, o incluso frente a ella. Entendido en su pureza el principio de eficacia directa, significa que cualquier juez habrá de aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad. Y significa en todo caso que, aun sin llegar a esa consecuencia extrema, que ningún ordenamiento admite en su totalidad, el juez hará valer la Constitución junto a la ley para interpretar esta o para completarla.

Así se ha dicho que la consecuencia práctica de ello, es la atribución directa

de derechos y libertades sin necesidad que intervenga el legislador. Los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos.

Bibliografía consultada

- **DE OTTO, Ignacio.** *Derecho constitucional. Sistema de fuentes.* Sexta reimpresión, Ariel, Barcelona, 1998.
- **GUASTINI, Ricardo.** "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). UNAM-Trotta, Madrid, 2003.
- **ZAGREBELSKY, Gustavo.** *El derecho dúctil.* Traducción Marina Gascón, novena edición, Trotta, Madrid, 2009.

T

TOTALITARISMO

Si bien, el nazismo y el estalinismo poseen variables diferentes, ambos tienen en común el haber creado una nueva forma de gobierno, específicamente moderna que no debía confundirse con las formas tradicionales de opresión: “El Totalitarismo”, el que se caracteriza por:

- Como sistema persigue: la dominación absoluta en el interior, pues a diferencia de lo que sucede en un régimen autoritario, no se hace distinción alguna entre lo público y lo privado, de tal forma que ambas esferas se encuentran bajo el control del régimen (inclusive son nulas las libertades para actividades de ocio), con el afán de conseguir un condicionamiento total del individuo. Y la conquista del mundo en el exterior, pues existe una vinculación innegable de este régimen con una sociedad industrial y una maquinaria de guerra.
- Se apoya en la fascinación de la ideología que lleva a aceptar como correcto todo lo que venga del líder, lo que lleva según Arendt a una “incapacidad de pensar en el significado de las acciones” y que consecuentemente asegura un elemento popular de apoyo.
- Se apoya también en la introducción del terror de tipo policial que actúa fuera de toda reglamentación, considerando como únicos criterios de distinción la raza y clase a la que se pertenece. No están excluidos ni siquiera los miembros del partido, de lo que se desprende que ni aun la construcción ideológica importa.
- Someten la ley positiva a otra ley, pues instauran sus propias normas de conducta, que paradójicamente consisten en no estar sometidos a ningún tipo de reglas definidas objetivamente, pues esto significaría un límite.
- La organización de una intensa movilización de masas gracias a un aparato de dominación original basado en el terror y la ideología antes mencionados, con el objetivo de destruir el tejido social, de transformar al pueblo en agregado humano de donde está erradicada toda dimensión de comunidad. Se exige a los individuos, no solo participación, sino fervor y entusiasmo intenso y permanente.
- Se da una emancipación política de quienes se encuentran ejerciendo el poder en forma directa, pues se separan de quienes dicen representar, aunque en el discurso se siguen refiriendo a la legitimidad que le da la clase.

Finalmente pues, el establecimiento de este régimen, se caracteriza por la negación de la política, que según Arendt es la esfera de la existencia auténtica que permite *reconocerse, diferenciarse y organizarse con el otro*. La política pueda evitar una “deshumanización de las masas” que, de un lado, viven atomizadas, desestructuradas, indiferentes frente a los asuntos públicos, y, por lo tanto, en ausencia de todo tipo de relaciones que normalmente les permitirían reaccionar ante lo que consideren incorrecto; y de otro, precisamente como consecuencia de lo anterior, se encuentran englobadas en una fascinación ideológica que las lleva, inclusive, a tener admiración y atracción por la violencia, fortaleciendo de esta manera el valor publicitario del crimen que al mismo tiempo las sume en un temor que no les permitirá salir de ese círculo vicioso.

■ Bibliografía consultada

- ARENDT, Hannah. *¿Qué es la Política?* Paidós, Barcelona, 1997.

TRATADOS

■ Definición

Un tratado es básicamente un acuerdo entre partes en el escenario internacional. Aunque los tratados pueden ser formulados y concluidos entre Estados y organismos internacionales y entre organismos internacionales, ellos están primariamente concernidos a las relaciones entre Estados. La convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 (en vigencia desde 1980) y la Convención de Viena sobre organismos internacionales.

Un Estado puede llegar a ser parte de un tratado, en primer lugar, mediante la firma de este. Cuando un Estado se convierte en signatario de un tratado está obligado a no actuar en contra del objeto y fin del tratado (artículo 18). Luego de la firma, el Estado puede ratificar el tratado, mediante el depósito del instrumento de ratificación, que es la materialización de la intención de vincularse oficialmente al tratado (artículo 14). En segundo lugar, un Estado puede hacerse parte de un tratado mediante la adhesión (artículo 15). Así, un Estado que no ha firmado un tratado se vincula mediante la adhesión, la cual genera los mismos efectos jurídicos que la ratificación.

En el caso de los tratados de derechos humanos, estos guarden especiales características que marcan diferencias importantes en relación con los otros tratados. Así, los tratados de derechos humanos son documentos oficiales negociados por Estados, que imponen obligaciones vinculantes de proteger y promover derechos y libertades a los Estados Parte que oficialmente los aceptan (normalmente mediante “ratificación”).

■ ~ aprobados por el Congreso

En nuestra Constitución de 1993 los tratados aprobados por el Congreso deben ser aprobados por este, antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado. También

deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución”, de conformidad con el artículo 56 de la Constitución.

■ ~ ejecutivos

Los tratados ejecutivos o acuerdos simplificados, son aquellos cuyas materias no están contempladas en los tratados del nivel legislativo, tal como lo establece el artículo 56 de la Constitución. Así, el primer párrafo del artículo 57 de la Constitución, dispone que “el Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente (...)”.

■ Reservas a los ~

Es importante señalar que los Estados al momento de ratificar o adherirse a un tratado de derechos humanos pueden formular reservas a ciertos aspectos de los tratados. Por reserva se entiende “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (artículo 2 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados). Además del artículo 2, el régimen de las reservas está comprendido en los artículos 19 y 23 de la Convención de

Viena de Derecho de los Tratados. Sin embargo, el artículo 19 de la convención de Viena establece que las reservas no deben ir en contra del objeto y fin del Tratado. Todos los tratados de Derechos Humanos han repetido en su texto esta disposición.

Las reservas pueden resultar útiles en el sentido de que posibilitan la discusión en la negociación y en los trabajos preparatorios de la Convención, ya que los Estados puedan participar y hacerse parte de la Convención, pese a que no estén de acuerdo con alguna disposición. Al mismo tiempo, las reservas pueden limitar el alcance de los tratados, debilitando la efectividad de las normas.

En el caso de las reservas a los tratados de derechos humanos fueron objeto de una Opinión Consultiva por parte de la Corte Internacional de Justicia, en vista de las reservas que muchos Estados interpusieron frente a la Convención para la represión del Genocidio. La Corte estableció que no podían considerarse válidas las reservas que contradecían el objeto y fin de la Convención sobre el Genocidio. En la Conferencia de Derechos Humanos de Viena, se hizo patente la exhortación a los Estados, de que cuando formulen las reservas deben de ser lo más precisas posible, asimismo, teniendo en cuenta el carácter evolutivo de los derechos humanos, se exhortó a los Estados a que tengan a bien retirar las reservas formuladas. La vaguedad de estas en los tratados de derechos humanos puede privar a todas las partes concernidas (Comité, Estados e individuos), de una adecuada imagen de los derechos y obligaciones a los cuales se encuentra

ligado el Estado. Asimismo, las reservas incompatibles con los tratados de derechos humanos pueden dar una falsa percepción en torno al alcance de las obligaciones internacionales a las cuales se encuentra sometido el Estado.

Las reservas a los tratados de derechos humanos contrarias a las normas perentorias del Derecho internacional (normas *Ius Cogens*) son consideradas incompatibles con el objeto y propósito de los tratados. Asimismo, las reservas que son contrarias a la costumbre internacional también son consideradas incompatibles. En este último supuesto, la ejecución de niños ha sido considerada por el Comité de Derechos Humanos como una colisión con las normas consuetudinarias.

Objeción de las reservas formuladas a ~ de derechos humanos

Los tratados de derechos humanos, presentan una gran cantidad de reservas a diferencia de otros tipos de tratados. En general, los tratados de derechos humanos habilitan a que si un Estado ha establecido una reserva, otros Estados puedan objetar tal reserva por ser contraria al objeto y fin del tratado, en razón del artículo 27 de la convención de Viena sobre Derechos de los Tratados que señala: “Ningún Estado puede invocar disposiciones de su Derecho interno como justificación en el cumplimiento de los tratados”.

Sin embargo, la validez de una reserva no está condicionada a la

existencia o no de una objeción presentada por otro Estado. Pese a que la convención de Viena establece en su artículo 21 una reciprocidad entre los Estados Parte de un tratado, mediante la cual una reserva está condicionada a la aceptación expresa o tácita por parte de los Estados contratante, y donde las objeciones solo tiene un efecto entre el Estado que formula la reserva y el Estado que objeta; estos mecanismos no son aplicados de la misma manera cuando está referidos a tratados multilaterales sobre derechos humanos, ya que el propósito de este tipo de tratados no es proteger la integridad de las obligaciones recíprocas entre los Estados, sino salvaguardar los derechos de los individuos. Precisamente, una muestra de la ausencia de relevancia de la reciprocidad entre Estados en el contexto de un tratado de Derechos Humanos es que las objeciones no son una precondition para cambiar la legalidad de las reservas. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Comentario General N° 24 que el mecanismo de objeciones de la Convención de Viena es inapropiado para los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, surge la pregunta ¿A quién corresponde entonces determinar la conformidad de las reservas con los tratados de derechos humanos? La práctica internacional ha mostrado que los distintos Comités mediante los “Comentarios Generales” o las “Observaciones Generales” los reportes estatales, han señalado a los diversos Estados que sus reservas formuladas son incompatibles. Las

objeciones a las reservas no constituyen un obstáculo para la entrada en vigor de la Convenciones de Derechos Humanos. Las objeciones a las reservas generalmente no son respondidas; por lo tanto no se puede determinar que el Estado no se haría parte del tratado si es que no se acepta su reserva formulada. Por ello, se asume la aceptación del tratado a pesar de la legalidad o no de la reserva.

■ **Renuncia a los ~ de derechos humanos**

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece, en general, un proceso de renuncia de los tratados. La renuncia a un tratado tiene como efecto el cese de la obligatoriedad de sus disposiciones para el Estado parte. Sin embargo, en vista del “Principio de Progresividad” como característica inherente del DIDH, genera que muchos tratados de Derechos Humanos no establecen procedimientos de renuncia, por ende se entiende que una vez que se hacen parte del tratado, este resulta irrenunciable. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

■ **Interpretación de los ~**

En cuanto a la interpretación de los tratados, la Convención de Viena ha establecido que un tratado debe interpretarse de buena fe y de acuerdo a su objeto y fin (artículo 31). Como medios complementarios a la interpretación de los tratados se emplearán los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de celebración del tratado (artículo 32). El objeto y

propósito de los tratados de derechos humanos desempeñan un papel central y crucial en su interpretación.

En el caso de los tratados de derechos humanos, su objeto y propósito es la protección de la persona humana, esto obliga a que los Estados Parte se rijan por un orden legal, dentro del cual se asumen varias obligaciones, no en relación a otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Este particular objeto y el propósito requieren que tomemos en cuenta, como mínimo, los tres principios siguientes:

En vista de que la función primordial de los tratados de derechos humanos es la protección de los derechos, resulta claro que su interpretación debe hacer que la protección sea efectiva. Así, por ejemplo, el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse para darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo “su efecto útil”.

La protección de los derechos humanos requiere una interpretación evolutiva debido a que para que la interpretación se realice a la luz del objeto y fin (artículo 31 Convención de Viena) se requiere que las disposiciones sobre derechos humanos tengan un efecto “práctico y eficaz” en las condiciones actuales. Así se ha señalado que: “La Convención es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales está firmemente

arraigada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...]. De ello se deduce que estas disposiciones no pueden interpretarse únicamente de conformidad con las intenciones de sus autores, expresada hace más de cuarenta años”.

Los tratados de derechos humanos tienen autonomía respecto al ordenamiento nacional. Así: Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que les dan en el Derecho interno. Además, como los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en concreto, a las condiciones

de vida actuales. [...] Ninguna disposición puede ser interpretada como una restricción al goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido de acuerdo con las leyes de cualquier Estado Parte o de acuerdo con otra convención en que uno de dichos Estados es una de las partes.

El núcleo de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (*The core international Human Rights Treaties*)

Existe un número muy considerable de tratados y otros instrumentos internacionales referidos a la protección de los derechos humanos. Sin

CUADRO N° 1	
SISTEMA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS	
Tratado de Derechos Humanos	Organismo de monitoreo
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en vigor, 4 de enero de 1969).	Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD).
Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en vigor, 23 de marzo de 1976). Aprobado mediante Decreto Ley N° 22128 de fecha 28 de marzo de 1978, habiendo sido, conjuntamente con su Protocolo Facultativo (I).	Comité de Derechos Humanos (HRC).
Convenio Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (en vigor, 23 de marzo de 1976). Aprobado mediante Decreto Ley N° 22129 28 de marzo de 1978.	Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR).
Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en vigor, 3 de setiembre de 1981). Aprobada por el Estado por Resolución Legislativa N° 23432 de fecha 4 de junio de 1982.	Comité sobre la eliminación de la discriminación de la Mujer (CEDAW).
Convención contra la Tortura (en vigor, 26 de junio de 1987). Aprobada por el Estado mediante Resolución Legislativa N° 24815 de fecha 24 de mayo de 1988 y publicada en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 25 de mayo de 1988.	Comité contra la Tortura (CAT).
Convención sobre los derechos del Niño (en vigor, 2 de setiembre de 1990). Aprobada por el Estado mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990 y publicada en el diario <i>el Peruano</i> el 4 de agosto de 1990. Protocolos Facultativos de la convención ratificado por el Estado mediante Decreto Supremo N° 078-2001-RE de fecha 4 de octubre de 2001 y publicado en el diario oficial <i>El Peruano</i> el 6 de octubre de 2001.	Comité sobre los Derechos del Niño (CRC).
Convención sobre los trabajadores migrantes y sus familias. Ratificado por el Estado peruano mediante Decreto Supremo N° 071-2005-RE.	Comité sobre los Trabajadores Migrantes y sus familias (CNW).
Convención Internacional de Protección de todas las personas de la desaparición forzada (2006). El Perú todavía no es Estado Parte.	Comité sobre desaparición forzada (CED).
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). El Estado peruano ha ratificado el convenio mediante Decreto Supremo N° 0073-2007-RE. 31 de diciembre de 2007.	Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

embargo, los tratados que a continuación haremos referencia se constituyen como el “[n]úcleo de los tratados de derechos humanos”. Este núcleo está compuesto por nueve tratados, los cuales han establecido organismos (frecuentemente llamados “Comité”) para las tareas de monitoreo de la implementación de las obligaciones. Así como vemos en el cuadro N° 1.

Bibliografía consultada

- **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Caso Velásquez Rodríguez.* Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987.
- **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.** *Caso Godínez Cruz.* Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987.
- **SHAW QC, Malcolm N.** *International Law.* Cambridge University Press, 2003.
- **SCHABAS, William A.** “Reservations to the Convention on the Rights of the Child”. En: *Human Rights Quarterly.* Vol. 18, N° 2, 1996.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es un órgano, constitucionalmente, autónomo que tiene por finalidad defender la supremacía de la Constitución, fundamentalmente por medio de los procesos de control abstracto; así como, tutelar los derechos fundamentales, esencialmente mediante los procesos de control concreto. En tanto instancia máxima y especializada de control constitucional tiene una posición central y muy importante en nuestro ordenamiento jurídico.

Su reconocimiento y configuración viene dada, nada menos que por el propio constituyente en la Constitución, que señala su composición, estructura, procesos constitucionales que conoce, competencias, mecanismos, requisitos de elección de magistrados, incompatibilidades e inmunidades de estos, etc. Asimismo en sus aspectos no esenciales esta configuración es complementada por medio de su ley orgánica; y en algunos casos por medio de su jurisprudencia en virtud de su autonomía procesal (por ejemplo, en el Exp. N° 0020-2005-AI/TC se incorpora la figura del litisconsorte facultativo; en la STC Exps N°s 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), el partícipe; y en el Exp. N° 0005-2005-AI/TC se reconoce la legitimidad procesal activa de los Colegios Profesionales en los procesos de inconstitucionalidad de normas legales).

Este órgano constitucional no es el único pero si el último para declarar la validez constitucional de las normas jurídicas, actos de gobiernos o resoluciones de los poderes del Estado y de los actos privados de los ciudadanos, en un Estado de Derecho que se basa en la Constitución antes que en la ley. No obstante, ello en modo alguno anula o subordina las funciones del Congreso, del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o la autonomía de voluntad de los particulares, sino que, ante el fracaso del Estado de Derecho basado en la ley, se requiere en el Estado Constitucional de un ente de control especializado, que tenga la legitimidad formal de ejercer un poder constitucional para llevar a cabo el control constitucional, a fin de garantizar la división y equilibrio de poderes. De allí también que se le reconozca su naturaleza política y no solo jurisdiccional.

Debido a tales funciones, el constituyente reclama la exigencia material que el Tribunal Constitucional sea un órgano jurídicamente independiente y autónomo frente a los poderes públicos y privados, tanto desde el punto de vista del ejercicio de sus competencias, como la organización interna de este.

La doctrina mayoritaria ha considerado que si bien no existe una supremacía institucional entre las instituciones; ello no es óbice para que se produzca una supremacía funcional del Tribunal Constitucional (*primus inter pares*) a fin de restaurar el equilibrio democrático entre los poderes y con la ciudadanía, cuando interpreta y expulsa una norma, acto o decisión de los poderes públicos o privados, por ser contrarios a la Constitución. Para lo cual la independencia es un rasgo esencial de un órgano constitucional autónomo, máxime si tiene el rol de defensor de la Constitución frente a

los poderes públicos o privados. De la mano con el reconocimiento de su independencia, también se le ha reconocido su autonomía en el ámbito administrativo, jurisdiccional y normativo.

Bibliografía consultada

- **CAPPELLETTI, Mauro.** “Renegar de Montesquieu La expansión y legitimidad de la justicia constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 9, 1985.
- **GARCÍA-PELAYO, Manuel.** “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. 1, N° 1, 1981.
- **LANDA ARROYO, César.** *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Palestra, Lima, 2011.
- **RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia.** *La “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional*. Thomson-Civitas, 2003.

U

ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

O *One right answer*. Es una teoría que postula que para cada disputa jurídica el Derecho ofrece siempre una solución correcta. La teoría niega que los jueces ejerzan una discrecionalidad en sentido fuerte, cuando el sistema no determina una regla clara de aplicación.

La tesis distingue la respuesta “final” de la respuesta “correcta”. La respuesta final está vinculada a un elemento básico de los sistemas jurídicos e implica que un órgano siempre debe cerrar el círculo de decisiones. Una controversia jurídica espera que los procedimientos instaurados por el sistema produzcan una respuesta definitiva y ejecutable, aunque no necesariamente coincidirá con la respuesta correcta. Generalmente, son las cortes supremas o los tribunales constitucionales quienes tienen esta cualidad.

La respuesta correcta está asociada, en cambio, a un problema conocido como “indeterminación jurídica” y en un inicio fue discurso de los modelos de interpretación mecanicista o silogística del primer positivismo jurídico de la ilustración, donde la labor interpretativa de los jueces era una tarea cognoscitiva de la

voluntad del legislador, quien era racional y competente para prever de todas las soluciones a las controversias prácticas. Hoy, esta visión del Derecho tiene pocos defensores. Contemporáneamente, uno de los autores que sostienen la tesis de la única respuesta correcta es Ronald Dworkin, aunque desde una perspectiva totalmente distinta al planteamiento positivista.

Dworkin expone esta idea de soluciones correctas únicas en *Not right answer?* (1977) que luego profundiza en trabajos posteriores como *Objectivity and truth: You'd better believe it* (1996). Dworkin sostiene, en principio, que es posible predicar la solución única en el Derecho, porque la práctica jurídica presupone la “tesis lógica de la bivalencia”. Según la tesis de la bivalencia las proposiciones de una situación específica (x) solo tienen dos valores, las que son exhaustivas: La verdad o la falsedad. Respecto de un concepto jurídico como “delito” (D), la acción de una persona o bien “es delito” o bien “no es delito”, D: (x) (Dx o no-Dx). La afirmación acerca de que una situación está cubierta por un concepto jurídico (testamento válido, acto jurídico, delito, etc.) o su negación, una de ellas, es necesariamente verdadera por más disputado que sea la cuestión

jurídica a discutir. Dependiendo de la verdad de cualquiera de las proposiciones jurídicas, el juez estará en el deber de decidir la controversia de una u otra manera. Según autor, si la tesis de la bivalencia es cierta, entonces siempre existirá en el Derecho una única respuesta correcta.

Pero además, Dworkin propone en respaldo de su tesis un aparato teórico mucho más sofisticado. El autor, basándose en la distinción entre casos fáciles y difíciles en la aplicación del Derecho, sostiene que la respuesta jurídica correcta no es exclusiva solo del primer tipo de casos. En realidad, en los casos difíciles también se pueden predicar la solución unívoca, si concebimos al Derecho como un sistema de reglas y "principios", estos últimos como exigencias de la moralidad históricamente institucionalizada en una comunidad política que impone derechos y deberes a los individuos. Los principios, que no son de aplicación subsuntiva, nos proporcionan de razones y argumentos en favor de una determinada solución. En este esquema, los principios en última instancia informarán siempre al juez de las respuestas jurídicas correctas que debe adoptar para resolver cada caso, por difícil que sea.

Dworkin reconoce que los principios son abiertos y que no en pocas ocasiones colisiona con otros principios. En esta coyuntura, Dworkin le atribuye a un juez ideal que llama Hércules la tarea ardua de sopesar en forma virtuosa los pesos de todos los principios en cuestión, de manera que halla la decisión correcta. Para ello, debe superar dos dimensiones: Las dimensiones del "ajuste" y del "valor". En la dimensión del ajuste la interpretación propuesta debe armonizar con los principios establecidos por el Derecho histórico relacionado con el caso difícil a resolver. En caso que dos interpretaciones superen este nivel, la dimensión del valor prescribe que se prefiera aquella interpretación, cuyos principios que la determinen, reflejen en su mejor perspectiva el Derecho vigente. Es decir, que para Dworkin la solución correcta será aquella que esté mejor justificada.

Bibliografía consultada

- **BONORINO, Pablo Raúl.** *Dworkin*. Ara, Lima, 2010.
- **DWORKIN, Ronald.** *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1984.
- **DWORKIN, Ronald.** "Objectivity and truth: You'd better believe it". En: *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 25, N° 2, 1996.

V

VALORES

Cuando en el derecho se hace uso de la expresión “valores”, no se está pretendiendo señalar el valor ontológico de las cosas, esto es, el valor que las cosas poseen por el hecho de ser lo que son. Se hace más bien referencia a juicios de valor que suelen identificarse con juicios psicológicos (considero buena tal o cual institución o acción) o sociológicos (la mayoría de los miembros de tal o cual sociedad consideran buena tal o cual institución o acción). De ahí que cuando se afirma que “X es un valor” lo que se está queriendo expresar es que “X es valioso para algo o para alguien, en algún aspecto y en ciertas circunstancias y para algún fin” (Bunge)

Se juzga que algo es valioso en la medida en que satisface alguna necesidad o deseo, sin embargo, para que algo sea valioso no solo debe ser útil o placentero, sino que también debe estar escaso o ser vulnerable, como el amor, la confianza, la justicia, la paz, etc. Ahora bien, una necesidad o carencia puede ser personal o social. En concordancia, los valores son personales o sociales, es decir, algunas cosas o procesos son directamente valiosos para los individuos, en tanto que otros son valiosos para los

sistemas sociales y sólo de manera indirecta para los individuos.

Cuando se habla de «valores superiores de un ordenamiento jurídico», lo que se está queriendo sostener es que existe un conjunto de conceptos (igualdad, libertad, dignidad, etc.) que estimamos como valiosos y necesarios para el diseño e implementación de un determinado sistema jurídico-político, pues de obviarse aquellos, no tendría lugar éste. Dicho de otra manera, los valores que sostienen un ordenamiento no son sino el marco teórico-filosófico que expresa la opción ideológica de determinada sociedad y que debe verse reflejado en sus instituciones políticas y jurídicas. Estos valores deben ser lo suficientemente amplios como para sostener un sistema social y no quedar reducidos a intereses individuales, es por ello que su contenido no permite ser encerrado en una norma, ni siquiera cuando son incorporados como principios en los ordenamientos jurídicos, lo que explica el carácter axiológico, abierto y político de las normas constitucionales.

Entonces, cuando en el mundo del Derecho se habla de valores y principios, en el fondo se está hablando de lo mismo, solo que en referencia a distintos

niveles de reflexión normativa, pues los valores se quedan en el ámbito de la filosofía (axiología), sin que por ello dejen de ser un referente obligatorio en la interpretación del Derecho, mientras que los principios, sin desligarse por completo de su naturaleza filosófica (deontología) descienden más al nivel normativo del Derecho. En tal sentido, y con acierto, Robert Alexy sostiene que la diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Esta innegable vinculación entre principios y valores es destacada por este autor señalando que así como puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores. Por ello, enunciados del Tribunal Constitucional sobre valores pueden ser reformulados en enunciados sobre principios, y enunciados sobre principios o máximas en enunciados sobre valores, sin que ello implique variar su contenido. Aunque Alexy se muestra a favor del modelo de los principios, sostiene que es perfectamente posible partir en de argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios.

Bibliografía consultada

- **ALEXY, Robert.** *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- **BUNGE, Mario.** *Buscar la Filosofía en las Ciencias Sociales.* Segunda edición en español. Siglo XXI, México D.F., 2005.

- **KALINOWSKI, Georges.** *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho.* Eudeba, Buenos Aires, 1979.

VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA

El artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional establece que no procede el proceso de amparo, *habeas data* o de cumplimiento si existe otra vía específica, igualmente satisfactoria.

Ante ello, y luego de determinar que la demanda apunta a la protección de derechos constitucionales (evaluación en el marco del “contenido constitucionalmente protegido” del artículo 5 inciso 1 del Código Procesal Constitucional), debe evaluarse cuál vía puede calificarse como “igualmente satisfactoria” y, en ese sentido, determinar la improcedencia de una demanda en los procesos constitucionales antes mencionados.

Al respecto, se ha señalado que esta exigencia puede entenderse desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva, y cada una de ellas, desde un punto de vista formal (como análisis abstracto de la normativa aplicable a cada proceso) y sustancial (al realizar un análisis de cada caso concreto). De ello deriva su posible interpretación en cuatro sentidos: (a) subjetivo-formal, (b) subjetivo-sustancial, (c) objetivo-formal, y (d) objetivo-sustancial.

Interpretación subjetivo-formal

Desde la *interpretación subjetivo-formal*, se entiende que una vía puede ser calificada como igualmente

satisfactoria si permite, en abstracto, satisfacer el interés subjetivo inherente al proceso constitucional, esto es, retrotraer la situación del afectado en posición idéntica o sustancialmente idéntica a la que se encontraba antes de que la violación o amenaza se produjera.

Se critica esta comprensión por considerar que solo apunta a una evaluación formal y que, tras la sola verificación en abstracto, cualquier proceso podría constituirse en una posible vía con los mismos o mayores alcances de protección que el proceso constitucional de amparo, hábeas data o cumplimiento. Adicionalmente, dichos procesos ordinarios no tendrían necesariamente esta característica de “especificidad” exigida, como vía ordinaria autónoma y claramente configurada por el ordenamiento jurídico.

Interpretación subjetivo-sustancial

Por la *interpretación subjetivo-sustancial*, se exige analizar si, en el caso concreto, existe el “factor de urgencia”, es decir, si la vulneración o amenaza del Derecho requiere una resolución urgente. De existir, debe proceder el amparo, hábeas data o cumplimiento.

Por ello, la carga de la prueba del demandante es acreditar que, en las circunstancias del caso, es altamente probable que el daño constitucional devenga en irreparable.

Se señala que esta interpretación que se condice con una adecuada

valoración respecto a si una vía ordinaria puede ser calificada como igualmente satisfactoria.

Un ejemplo de la interpretación de la “vía igualmente satisfactoria” en este sentido por el Tribunal Constitucional peruano fue el establecer que permitía la procedencia de estos procesos cuando se pretendiera evitar que la agresión o amenaza se convirtiera en irreparable, a pesar de que existieran otras vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, lo que exigía valorar la urgencia de la tutela en cada caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona afectada (STC Exp. N° 1387-2009-AA/TC).

Ahora bien, tanto desde una valoración más general o una que se limite al caso concreto, se identifican algunos criterios susceptibles de evaluación para determinar si un proceso ordinario puede ser calificado como “vía igualmente satisfactoria”.

Al respecto, se alude a acreditar la inexistencia de otros mecanismos procesales para tutelar el derecho constitucional lesionado o que, pese a su existencia, ellos no generen idoneidad en la protección. En el último caso, se debe valorar la tramitación de cada medio procesal, la velocidad y prontitud de esa tramitación, la inminencia sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado, o la anticipación que en el conocimiento de una causa ha tenido un juez en relación a otros.

Otros criterios que también se proponen para determinar que una vía es “igualmente satisfactoria” serían que se trate de otro proceso judicial (y no un procedimiento administrativo), que dicha vía, al igual que el proceso constitucional, permita reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del Derecho constitucional; además, que provea igual o mayor protección que el proceso constitucional (incluyendo la sumariedad de cada uno de ellos); finalmente, la identidad entre ambos procesos (partes, petitorio y fundamentos de hecho y de derecho que sustenten el pedido). De igual manera, la evaluación del margen de actividad probatoria que proveen ambas vías para la adecuada tutela del derecho.

Interpretación objetivo-formal

La *interpretación objetiva* propone lograr una interpretación adecuada, uniforme y constante de contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, para que trascienda la protección del sujeto que solicita tutela y sea además un mecanismo para viabilizar la consolidación de dichos derechos como un sistema de valores con la finalidad de pacificar y ordenar no solo el conflicto concreto sino también un mayor ámbito de la sociedad.

La comprensión *objetivo-formal* llevaría a analizar si en el proceso ordinario existen mecanismos para que, incluso de no subsistir el interés subjetivo, por la gravedad del agravio producido en la esfera subjetiva del demandante, se continúe el proceso

e incluso se declare fundada la demanda (como el que sí se contempla en el último párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional). Se cuestiona el ceñir la existencia de una vía igualmente satisfactoria a la verificación de una institución jurídica similar a la expuesta.

Interpretación objetivo-sustancial

Por su parte, desde la comprensión *objetivo-sustancial*, lo que se procura es la intervención del Tribunal Constitucional en los casos no urgentes desde una dimensión subjetiva, por tratarse de materias en que la judicatura ordinaria viene efectuando una interpretación equivocada del contenido constitucionalmente protegido de un derecho y, por ello, no le otorga adecuada protección, o estima pretensiones manifiestamente infundadas.

En dichos supuestos, se habilita al Tribunal Constitucional para que deje de considerar una determinada vía como igualmente satisfactoria y se pronuncie sobre el fondo de un asunto, con carácter de precedente vinculante, en aras de garantizar la tutela del o los derechos constitucionales involucrados.

Un ejemplo de esta comprensión por el Tribunal Constitucional peruano se produjo cuando se pronunció respecto de la “operación acordeón” (reducción e inmediato aumento de capital con la suscripción de algunos de los accionistas) respecto de los derechos de libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de

trabajo, debido proceso corporativo particular, interdicción de la arbitrariedad y propiedad en la esfera de los accionistas afectados (STC Exp. N° 00228-2009-PA/TC).

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *El proceso constitucional de amparo. Su aporte a la tutela de los derechos fundamentales.* Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
 - **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Comentarios al Código Procesal Constitucional.* Segunda edición, Palestra, Lima, 2006.
 - **ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy.** “La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones”. En: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (coordinador). *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional.* Jurista, Lima, 2005.
 - **RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger.** “Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjativa y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano”. En: *Justicia Constitucional.* Año I, N° 2, Lima, agosto-diciembre de 2005.
- **Voces relacionadas:** Residualidad, Vía paralela.

VÍA PARALELA

La existencia de una vía paralela a un proceso constitucional implica determinar si existe un proceso ordinario que cumpla con las siguientes características: (a) perseguir el mismo fin que el proceso constitucional; (b) versar sobre los mismos hechos y las mismas partes; e (c) identidad entre el objeto de la pretensión (la tutela del derecho) y las partes.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que una vía paralela es un proceso de naturaleza ordinaria que, al igual que el proceso constitucional, tutela un derecho constitucional y consigne la reposición de las cosas al estado anterior de una violación constitucional (STC Exp. 3283-2003-AA/TC).

Durante la vigencia de la Ley N° 23506, que regulaba el hábeas corpus y amparo, el afectado podía elegir entre acudir a la vía ordinaria o al proceso constitucional. Sin embargo, cuando elegía la vía ordinaria y esta se encontraba en trámite, o si dicha vía había concluido causando cosa juzgada, el órgano que conocía el proceso constitucional debía declarar improcedente la demanda y no conocer el fondo de lo planteado.

En la actualidad, ante la aplicación del Código Procesal Constitucional, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso constitucional debe determinar si el proceso ordinario (“vía paralela”) existente puede ser calificado como una vía específica igualmente satisfactoria, conforme exige el artículo 5 inciso 2 de dicho cuerpo normativo. Adicionalmente, de haber recurrido a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional, tampoco procederían los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento, conforme establece el artículo 5 inciso 3 del Código Procesal Constitucional.

Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *El proceso constitucional de amparo.* Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- **Voces relacionadas:** Residualidad, Vía igualmente satisfactoria.

VÍA PREVIA

En el ámbito procesal constitucional, es aquel recurso jerárquico que debe ser actuado y agotado, por quien se siente afectado en su derecho, antes de interponer la demanda ante el órgano jurisdiccional competente, a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En el Derecho comparado, se ha vinculado esta figura con el “principio de definitividad”, que hace referencia a la obligación del agraviado de agotar todos los medios de defensa existentes que le permitan revocar o modificar el acto lesivo, antes de acudir a la vía constitucional.

Doctrinariamente, se suele atribuir a la vía previa las siguientes características:

- a) Constituye un recurso, no una acción. Por este motivo, como regla general, se suele identificar a la vía previa con la vía administrativa; y, como contrapartida, la vía judicial no se considera una vía previa.
- b) Debe haber sido regulada expresamente y con anterioridad a la comisión del acto lesivo.
- c) Debe tener la efectiva posibilidad de corregir el acto lesivo y, de ese modo, tutelar los derechos constitucionales involucrados.

Entre los fundamentos que justifican la exigencia del agotamiento de la vía previa se encuentran: el carácter extraordinario de los procesos constitucionales, el propósito de no sobrecargar innecesariamente a los órganos jurisdiccionales encargados de resolver este tipo de procesos; y, brindar, a quien comete o permite un acto lesivo, la posibilidad de rectificar su actuación. Adicionalmente,

en el caso del proceso de amparo, se ha señalado que, al brindar a la Administración la efectiva posibilidad de pronunciarse y de remediar la lesión, se está preservando el carácter subsidiario de este proceso constitucional.

Sin embargo, la exigencia de agotar la vía previa antes de dar inicio a un proceso constitucional ha recibido ciertas críticas, las que se sustentan, fundamentalmente, en la importancia de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, por tanto, de remover todas aquellas trabas que impidan a las personas acceder a un proceso constitucional a fin de obtener protección para sus derechos. Por ello, se ha planteado como alternativa que el agotamiento de la vía previa sea facultativo, de modo que el propio agraviado sea quien decida si acude a ellas o no. Sin embargo, tal como está regulado este tema en la actualidad, es claro que en determinados procesos (como el amparo), se trata de una exigencia y no de una facultad del justiciable.

■ Bibliografía consultada

- **ABAD YUPANQUI, Samuel.** *El proceso constitucional de amparo.* Segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- **CASTILLO CÓRDOVA, Luis.** *Comentarios al Código Procesal Constitucional.* Tomo I, segunda edición, Palestra, 2006.
- **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.** *La acción constitucional de amparo en México y en España.* Porrúa, México, 2000.

■ ~ administrativa

Tiene por objeto brindar a la Administración la posibilidad de revisar y corregir sus propios actos, por lo

tanto, quien considere que la Administración ha afectado alguno de sus derechos constitucionales, deberá seguir primero un procedimiento administrativo a fin de lograr que el acto lesivo sea revocado. Si ello no ocurre, es decir, si el problema no consigue ser resuelto en la vía administrativa, la persona agraviada quedará habilitada para dar inicio al proceso constitucional de amparo.

Para determinar qué mecanismos integran la vía previa en el ámbito administrativo, será necesario recurrir a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante LPAG), y a las leyes especiales correspondientes. Por ejemplo, si lo que se cuestiona es el acto de aplicación de una norma tributaria (una orden de pago, una resolución de determinación, una multa o una cobranza coactiva) se tendrá que seguir primero el trámite administrativo establecido en el Código Tributario, que es la norma que regula esta materia.

~ en las relaciones entre particulares

El agotamiento de las vías previas también es exigible en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues el ordenamiento jurídico peruano admite la posibilidad de que se interponga un proceso constitucional de amparo no solo contra actos de autoridades, sino también de personas (artículo 200, inciso 2 de la Constitución). Por lo tanto, es posible afirmar que la fuerza normativa de los derechos constitucionales se extiende hasta alcanzar el ámbito de las relaciones entre particulares.

Por ejemplo, tratándose de afectaciones provenientes de una persona jurídica, el Tribunal Constitucional peruano ha interpretado (STC Exp. N° 0508-1996-AA/TC) que el agraviado tendrá que agotar la vía previa si en el estatuto de dicha persona jurídica se ha previsto expresamente un procedimiento que le permita cuestionar el acto lesivo.

Bibliografía consultada

- MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año XI, N° 11, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005.

Excepciones al agotamiento de las ~

El agotamiento de las vías previas es una exigencia que admite excepciones y el Código Procesal Constitucional ha recogido cuatro de ellas. Así, de conformidad con su artículo 46, no será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida.
- 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable.
- 3) La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado.
- 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Cabe señalar que estas excepciones al agotamiento de las vías previas

son similares a las que recogía la ley que regulaba la materia antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional; es decir la Ley N° 23506 (hoy derogada).

VOTO

Los órganos jurisdiccionales deben adoptar decisiones que resuelven los casos concretos. Cuando ello recae en un juez, debe decidir unilateralmente sobre la base de los hechos probados y los dispositivos legales que estima aplicables (luego de interpretarlos). Sin embargo, si el órgano jurisdiccional que debe decidir está formado por más de una persona (órgano jurisdiccional colegiado), los distintos magistrados que lo conforman deben debatir y establecer en cuál de los sentidos posibles forman convicción y, según ello, votar en uno u otro sentido.

Ello puede llevar a que sus integrantes no presenten una opinión uniforme, sino diversas perspectivas sobre una materia, tanto sobre el sentido del fallo como de los argumentos o fundamentos que llevan a la decisión final. Ante dicha situación puede generarse entonces no un pronunciamiento único, sino un fallo emitido por mayoría conjuntamente con los denominados “votos singulares” o, en todo caso, una decisión pero sustentada en argumentos divergentes (“fundamentos de voto”).

El voto singular (*dissenting opinion*) alude a que uno de los integrantes del órgano colegiado considera que debe fallarse en un sentido distinto a la mayoría. Por su parte, el fundamento de voto (*concurring opinion*) responde a que el magistrado coincide con el sentido del fallo adoptado por la mayoría, pero cree que

deberían esgrimirse otros argumentos (o algunas razones adicionales) para sustentar dicha posición.

Al respecto, se señala que la existencia de ambas figuras presupone lo siguiente: (i) el órgano resolutorio está compuesto por más de un juez (“tribunal”) y (ii) en el seno de dicho tribunal surge una discrepancia relativa a cualquier aspecto de la aplicación del Derecho que no llega ser resuelta para adoptar una decisión por unanimidad (“voto singular”) o que no permite llegar a la decisión por los mismos argumentos (“fundamento de voto”).

En el caso peruano no se presenta hoy un intenso debate respecto a si se puede permitir o no la existencia de los votos singulares o particulares, o si es mejor mantener dicha divergencia únicamente en el fuero interno del colegiado (regla general en la mayoría de los sistemas jurídicos continentales hasta bien entrado el siglo XX) o solo dejarla sentada en documentos determinados para liberarse de eventuales imputaciones de responsabilidad (“voto reservado”, vigente en España desde 1489 hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial posterior a la adopción de la Constitución de 1978, y el *voto di scissura*, vigente en algunos estados preunitarios italianos). Sin embargo, en otras latitudes, ello sí se ha producido.

En ese sentido, la discusión entre permitirlos o no ha discurrido en relación con distintos argumentos, tanto los que inciden en el funcionamiento del órgano o su prestigio social (“institucionales”) como los que se refieren a su propia labor (“aplicación del Derecho”). Frente a ello, quienes rechazan estas figuras alegan que conlleva la inmediata disminución

de prestigio del tribunal (una imagen de división y falta de uniformidad ante la opinión pública en desmedro de la opinión de las fuerzas sociales y políticas respecto del tribunal). Por su parte, quienes las admiten indican que refuerza la posición del tribunal al presentar de manera transparente el contraste de opiniones para evitar eventuales dudas sobre la manera de adopción de la decisión. Adicionalmente, se aduce que la autoridad de una decisión podría verse disminuida de ser adoptada con la existencia de votos o fundamentos singulares. Se contesta a dicha crítica que afirmar una absoluta unanimidad de todas las decisiones de un órgano colegiado es una ilusión, que este debilitamiento no tiene ninguna justificación y que, en todo caso, su influencia depende en último término de la argumentación efectuada en ellas. También se afirma que la independencia se ve disminuida, en la medida en que con la publicidad de las discrepancias se introduce la posibilidad de influencias políticas externas hacia el tribunal, mientras que, desde la otra postura, se afirma que este instrumento permite transparentar las presiones políticas y que no se afecta la independencia del juez.

Por otro lado, se alude a la “mayor atención social hacia la actividad de los tribunales”, lo que los defensores de la divergencia estiman como positivo y sus detractores como negativo. Finalmente, se señala que con el “voto particular” en la motivación de la decisión se reduce la discusión y el esfuerzo para llegar a un acuerdo entre los integrantes del colegiado. Desde la otra perspectiva, se alega que se aumenta la motivación, pues la decisión mayoritaria –expresada conjuntamente con la minoritaria– deviene

en más coherente (al expresar las discrepancias de manera autónoma), cierta (se estudian los asuntos con más profundidad para que pueda ser confrontada con los planteamientos de la minoría), además de tener mayor claridad para establecer el criterio vinculante del caso (de existir) y mayor autoridad (por expresar razones que descartan en mayor medida el que se incurra en arbitrariedad alguna).

De otro lado, se destaca que si bien una decisión con votos y fundamentos singulares presenta mayor coherencia y claridad en cada una de las partes que la componen (voto en mayoría, voto en minoría, fundamentos de voto) en la medida en que solo debe defender un único sentido de argumentos, el alcance de la decisión puede ser indeterminado puesto que aunque la parte resolutive indica la conclusión final del proceso (a favor o en contra de las partes) no queda del todo claro cómo se arribó a dicha decisión máxime cuando en un mismo pronunciamiento existe más de un voto singular y/o más de un fundamento de voto.

El Tribunal Constitucional peruano ha empleado las figuras del voto singular y los fundamentos de voto ante casos que pueden calificarse como difíciles, polémicos y con implicancias políticas importantes, por lo que llevaron a sus distintos integrantes a arribar a conclusiones divergentes. Pueden citarse como ejemplos las sentencias referidas a la anticoncepción oral de emergencia (STC Exp. N° 2005-2009-PA/TC) o la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra algunos artículos de la Ley de Carrera Judicial (STC Exp. N° 0006-2009-PI/TC).

Sin embargo, el empleo que ha hecho el supremo intérprete de la Constitución de estas figuras, en algunos casos, ha generado dudas (por la pluralidad de votos singulares y fundamentos de voto) respecto del alcance de las decisiones y el verdadero sustento en que ellas se apoyan, por fallos y fundamentos

divergentes (incluso de distintos magistrados en una misma sentencia).

Bibliografía consultada

- **EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier.** *El voto particular.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Índice de Voces y Subvoces

A

ABORTO.....	9
• Principales posturas en torno al ~	9
• La regulación constitucional comparada del ~	10
• Posturas de distintas religiones en torno al ~	10
• Postura feminista en torno al ~	12
• ~ en el ordenamiento jurídico peruano.....	12
• Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el ~	13
ACTO LESIVO.....	14
• Amenaza de ~ (o amenaza de violación).....	14
ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA IMPUGNADA	15
ACUERDOS CARENTES DE TEORÍA COMPLETA	15
ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL.....	17
AGUIJÓN SEMÁNTICO.....	17
AMICUS CURIAE	19
AMNISTÍA.....	21
• Desarrollo histórico de la ~	21
• Definición de ~	21
• Marco constitucional de la ~	21
• Prohibición de otorgar leyes de ~ por violaciones a los derechos humanos.	22
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.....	22
• Corriente moderada del ~	24
ANALOGÍA JURÍDICA	25
ANTEJUICIO POLÍTICO	25

Índice de Voces y Subvoces

ANTINOMIA JURÍDICA.....	27
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	28
ASILO	30
• Desarrollo histórico del ~	30
• Definición de ~	30
• Regulación del ~ en la Constitución.....	30
AUTONOMÍA.....	31
AUTONOMÍA PROCESAL.....	32
• Límites de la ~	33

B

BANCO CENTRAL DE RESERVA.....	35
BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	36

C

CAPACIDADES BÁSICAS.....	39
• ~, desarrollo y libertad	40
• Lista de ~	40
CASOS FÁCILES / CASOS DIFÍCILES.....	41
• Casos difíciles: Problemas de relevancia	42
• Casos difíciles: Problemas de interpretación	42
• Casos difíciles: Problemas de prueba.....	42
• Casos difíciles: Problemas de clasificación.....	42
CASOS DIFÍCILES.....	43
CASOS TRÁGICOS.....	43
CERTIORARI	44
CIUDADANÍA	45
• ~ legal.....	45
• ~ política	46
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	48

COMUNITARISMO	49
CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA.....	51
CONSENSO TRASLAPADO	52
CONSTITUCIÓN	53
• ~ formal	54
• ~ material.....	55
• ~ flexible	55
• ~ rígida.....	56
• ~ escrita.....	56
• ~ no escrita	56
• ~ dinámica.....	57
• ~ estática	58
• ~ viva	58
• ~ estatua.....	58
• ~ nominal	58
• ~ semántica	59
• ~ normativa.....	59
• ~ racional normativa.....	59
• ~ histórica tradicional.....	60
• ~ sociológica.....	60
• ~ como orden marco	61
• ~ como orden fundamental	61
• ~ procedimental	62
• ~ histórica.....	62
• ~ cultural	63
• Criterios de interpretación de la ~	64
CONSTITUCIÓN ECONÓMICA	64
CONSTITUCIONALISMO	64
• ~ liberal.....	65
• ~ democrático	65
• ~ social	66
• ~ contemporáneo.....	67
CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO	68
• Determinación del ~	69
• Teoría de los límites internos al ~	70
• Delimitación del ~ de un derecho fundamental.....	71

Índice de Voces y Subvoces

• Teoría de los límites externos al ~ de los derechos fundamentales.....	72
• Teoría del contenido propio de los derechos fundamentales.....	72
CONTENIDO ESENCIAL	73
• Teoría relativa del ~	74
• Teoría absoluta del ~	74
• Teoría de los límites inmanentes y ~	75
• Teoría institucional y ~	75
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	76
CONTRATO-LEY.....	77
CONTRATO SOCIAL	78
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	79
• Objeción democrática al ~	80
• Respuesta a la objeción democrática al ~	80
COSA JUZGADA.....	81
• ~ constitucional	82
• ~ y revisión de normas ya enjuiciadas en un anterior proceso de inconstitucionalidad	83
COSTUMBRE JURÍDICA.....	84
COTO VEDADO	85
CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO	87
CRÍMENES DE GUERRA	88
CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.....	89
CRÍMENES INTERNACIONALES	90
• Definición de ~	90
• Diferencia de ~ con los crímenes con trascendencia para la comunidad internacional.....	91
• ~ y normas <i>ius cogens</i>	91
• ~ y jurisdicción universal.....	92
• ~ e imprescriptibilidad	93
• El tratamiento de los ~ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	93
CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES.....	95
• Origen de las ~	95
• ~ y jurisprudencia del Tribunal Constitucional	96

D

DEBERES CONSTITUCIONALES	99
DECRETO DE URGENCIA	100
DECRETO LEGISLATIVO.....	101
DECRETO LEY	102
DECRETO SUPREMO.....	103
DEFENSORÍA DEL PUEBLO.....	103
DEMOCRACIA	105
• ~ representativa.....	106
• ~ participativa.....	107
DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	109
DERECHO A LA CONSULTA PREVIA E INFORMADA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	110
• Contenido constitucionalmente protegido del ~	111
• Sujetos participantes en la consulta previa	112
• Etapas del proceso de consulta previa	112
• Derecho de veto o consentimiento en la consulta previa	113
DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	113
DERECHO A LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	115
DERECHO A LA IDENTIDAD.....	116
DERECHO A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL	117
DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL	119
DERECHO A LA INTIMIDAD	120
DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO	121
DERECHO A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN	122
• Finalidad del ~.....	123
• Límites del ~	124
DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA.....	124
DERECHO A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.....	126
DERECHO A LA LIBERTAD DE EMPRESA	127
DERECHO A LA LIBERTAD DE RELIGIÓN.....	128
• ~ y libertad de culto.....	128
• Límites al ~	129

Índice de Voces y Subvoces

• Principios en torno al ~ reconocidos por el Tribunal Constitucional.....	129
• Relaciones entre Estado y ~	129
DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN	129
DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL	131
DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL	132
• Dimensión individual (<i>intuitio personae</i>) del ~	133
• Dimensión plural del ~	133
DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA	133
DERECHO A LA PENSIÓN	135
DERECHO A LA PROPIEDAD	136
DERECHO A LA RENTA BÁSICA	137
DERECHO A LA SALUD	138
• Precisión semántica sobre el ~	138
• Definición de salud y ~	139
• Salud pública y ~ familiar y comunitaria	140
• Elementos esenciales del ~	141
• ~ mental	141
• ~ y justicia sanitaria	143
• Atención primaria en salud	144
• Equidad en salud	145
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL	148
DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	149
• Derecho de acceso a la justicia	150
• Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales	151
DERECHO A LA VERDAD	151
• Dimensión individual del derecho a la verdad	152
• Dimensión colectiva del derecho a la verdad	152
DERECHO A LA VIDA	153
• Definición de ~	153
• Regulación del ~ en la Constitución de 1993	153
• Límites al ~	154
DERECHO A LA VIDA PRIVADA	154
DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA	155
• Desalojos forzosos	156

DERECHO A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN	157
• Información de interés público	158
DERECHO A NO PADECER HAMBRE Y DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA.....	159
• Seguridad alimentaria	160
DERECHO AL ACCESO A INTERNET	161
DERECHO AL AGUA.....	162
DERECHO DEL DEBIDO PROCESO	163
DERECHO AL HONOR Y A LA BUENA REPUTACIÓN.....	164
• Derecho a la rectificación	164
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD	164
DERECHO AL MEDIO AMBIENTE ADECUADO Y EQUILIBRADO	166
• Sustento normativo del ~	166
• Deberes del Estado con respecto al ~	166
• Contenido protegido del ~	166
• Titularidad del ~	167
DERECHO AL MÍNIMO VITAL	167
DERECHO AL SECRETO BANCARIO.....	168
DERECHO AL SECRETO E INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS.....	169
• Ejercicio del ~ en el ámbito laboral.....	171
• La vulneración del ~ y la prueba ilícita	172
DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS....	173
DERECHO AL TRABAJO.....	175
• Derecho de acceso al empleo.....	175
• Derecho de permanencia en el empleo	175
DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	176
DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	177
• Dimensión individual del ~	178
• Dimensión colectiva del ~	179
• Excepciones al ejercicio del ~	179
DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA	180
DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	180
DERECHO DE PETICIÓN.....	182

Índice de Voces y Subvoces

DERECHO DE PROPIEDAD	183
DERECHO DE RECTIFICACIÓN	183
DERECHO DE RESISTENCIA	183
DERECHO DE REUNIÓN.....	184
DERECHO DE SUFRAGIO	184
• ~ activo	184
• Requisitos positivos para el ejercicio del ~ activo	185
• Requisitos negativos para el ejercicio del ~ activo	186
• ~ pasivo	187
• Requisitos negativos para el ~ pasivo.....	188
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.....	190
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	191
• ~ como Derecho Constitucional concretizado	192
• ~ como disciplina procesal	192
• ~ como disciplina mixta	192
DERECHOS COLECTIVOS.....	193
• Derechos individuales y ~	193
• Derechos difusos	194
• Derechos colectivos en sentido estricto	194
• Derechos individuales homogéneos	194
DERECHOS DIFUSOS	195
DERECHOS FUNDAMENTALES.....	195
• Concepto de ~	195
• Concepciones	196
• Dimensión subjetiva de los ~	197
• Dimensión objetiva de los ~	197
• Eficacia vertical de los ~	198
• Eficacia horizontal de los ~	198
• ~ no enumerados.....	200
• Titularidad de los ~.....	201
• Contenido esencial de los ~	202
• Disposiciones de ~	202
• Normas de ~	202
• Posiciones de ~	203
• Estructura de ~	203
• Conflictos entre ~	204

DERECHOS HUMANOS.....	204
DERECHOS SOCIALES.....	205
• Exigibilidad judicial de los ~	207
• Test de razonabilidad y ~.....	209
• Indicadores y ~	209
• Litigio complejo o de reforma estructural.....	210
DESCENTRALIZACIÓN.....	211
DIGNIDAD HUMANA	212
• La ~ como valor.....	212
• La ~ como principio.....	213
• Propuesta de definición de la ~ como derecho fundamental.....	213
DISCURSO PRÁCTICO	215
DISPOSICIÓN NORMATIVA.....	216
• Enunciados interpretativos.....	216
DISTRITOS ELECTORALES	217
DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	218

E

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.....	221
• Etapa de ~.....	221
• ~ en procesos de control normativo.....	221
• ~ en procesos de tutela de derechos.....	222
ELECCIONES.....	222
ESFERA DE LO INDECIDIBLE	224
ESTADO	225
ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL.....	227
ESTADO DE DERECHO.....	228
ESTADO DESCENTRALIZADO.....	230
ESTADO FEDERAL.....	230
ESTADO UNITARIO.....	230
ESTADO LAICO, NEUTRO Y ACONFESIONAL.....	230
• Principio de colaboración estatal.....	231

Índice de Voces y Subvoces

EUTANASIA	231
• Derecho Penal y ~	232
EXTRADICIÓN	233

F

FAMILIA ENSAMBLADA	235
FÓRMULA DEL PESO	236
FUENTES DEL DERECHO	238

G

GARANTÍA INSTITUCIONAL	241
GARANTISMO	242
• ~ como filosofía política	243
• ~ como modelo de Derecho	243
• Derecho y garantía	243
• ~ como teoría jurídica	244
GENOCIDIO	244
GOBIERNO DE LOS JUECES	245
GRACIA PRESIDENCIAL	246
• Límites formales y materiales de la ~	247

I

IGUALDAD	249
• Concepto	249
• Diferenciación	249
• ~ formal	250
• ~ ante la ley	250
• ~ en la ley	250

• ~ en aplicación de la ley	250
- Pronunciamientos contradictorios	251
• Término de comparación o <i>tertium comparationis</i>	252
• ~ material.....	252
IMPERATIVO CATEGÓRICO.....	253
INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.....	254
• Omisión legislativa absoluta	255
• Omisión legislativa relativa.....	255
• Omisiones inconstitucionales de configuración jurisprudencial	256
• Prohibición de protección deficiente.....	256
• Acción de inconstitucionalidad por omisión.....	257
INDEPENDENCIA JUDICIAL	258
• Concepto.....	258
• Autonomía del juez.....	258
• Independencia personal del juez	259
• Independencia política del juez	259
• Independencia intelectual del juez.....	259
• Independencia judicial y responsabilidad.....	260
INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN	260
INJUSTICIA EXTREMA.....	262
INMUNIDAD PARLAMENTARIA	263
INTEGRACIÓN JURÍDICA.....	265
• Heterointegración	266
• Autointegración.....	266
• Analogía jurídica.....	266
• Analogía legal o analogía legis.....	267
• Analogía de Derecho o analogía iuris.....	267
INTERÉS GENERAL	267
INTERESES DIFUSOS.....	269
INTERPRETACIÓN.....	269
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	271
<i>IURA NOVIT CURIA</i>	273
IUSNATURALISMO	274
• ~ teológico.....	275
• ~ racionalista.....	275

J

JUEZ HÉRCULES.....	277
JUICIO POLÍTICO	278
JURADO NACIONAL DE ELECCIONES.....	279
JURISDICCIÓN	281
JURISDICCIÓN MILITAR.....	282
JURISDICCIÓN UNIVERSAL.....	283
JURISPRUDENCIA.....	283
• Doctrina jurisprudencial	283

L

LAGUNA NORMATIVA.....	285
LEADING CASE	286
LEY	287
• Ley formal vs. ley material	287
• La ley desde la concepción tradicional	287
• Evolución de la concepción de ley.....	288
• Otros rasgos definitorios de la ley: fuerza de ley, rango de ley y valor de ley ...	289
• Generalidad y abstracción como caracteres inherentes a la ley	290
LIBERALISMO	291
LIBERTAD.....	292
• ~ constitucional	293
• ~ negativa	294
• ~ positiva	294
LIBERTAD GENERAL DE ACCIÓN.....	294

M

MEDIDA CAUTELAR	295
MINISTERIO PÚBLICO.....	296

MOTIVACIÓN	297
• ~ como justificación de la decisión	297
• ~ como actividad	298
• ~ como producto	298
• ~ en la Constitución de 1993.....	298
MULTICULTURALISMO.....	299
• Políticas multiculturales y Estado peruano.....	301
MUTACIÓN CONSTITUCIONAL	302

N

NACIONALIDAD	305
• ~ como derecho	305
• ~ de origen	306
• ~ derivada	306
- Nacionalidad por opción.....	307
- Nacionalidad por naturalización	307
• Renuncia a la ~	308
• Doble ~.....	309
• ~ de las personas jurídicas	309
NEOCONSTITUCIONALISMO	310
NORMA JURÍDICA.....	311

O

OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES.....	313
ORGANIZACIONES POLÍTICAS.....	314
• Tipos de ~	315
• Inscripción y constitución de las ~	316
• Democracia interna de las ~	317
• Financiamiento de las ~.....	318
- Financiamiento privado.....	318
- Financiamiento público	319
• Cancelación de inscripción de las ~.....	321
ÓRGANO CONSTITUCIONAL	321

Índice de Voces y Subvoces

ORIGINALISMO.....	322
OVERRULING	323

P

PARTÍCIPE.....	325
PATERNALISMO JURÍDICO	325
PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL.....	327
PERFECCIONISMO	327
PODER.....	328
PODER CONSTITUIDO	330
PODER CONSTITUYENTE.....	331
PODER EJECUTIVO.....	332
PODER JUDICIAL	333
PODER LEGISLATIVO.....	334
PONDERACIÓN.....	335
• Concepto.....	335
• Intensidad de la intervención.....	336
• Ley de la ponderación	337
POSICIÓN ORIGINAL	338
POSITIVISMO JURÍDICO.....	340
• Tesis básicas del ~	340
• ~ en Hans Kelsen, Alf Ross y Herbert L. A. Hart.....	341
• Críticas de Ronald Dworkin al ~	342
• ~ incluyente.....	343
• ~ excluyente	343
PREÁMBULO CONSTITUCIONAL.....	343
PRECEDENTE.....	344
PRECOMPROMISO.....	346
PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN	346
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	348
• Caracteres del ~	349
• Juicio de idoneidad o adecuación.....	350

• Juicio de necesidad.....	350
• Juicio de proporcionalidad stricto sensu	351
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	352
PROCESO COMPETENCIAL	352
• Legitimación procesal en el ~.....	353
PROCESO CONSTITUCIONAL.....	354
PROCESO DE ACCIÓN POPULAR	355
PROCESO DE AMPARO	356
• Dimensiones del ~.....	356
• Presupuestos del ~	356
- Tutela de derechos constitucionales	356
- Acto u omisión cometido por cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace derechos.....	357
- Deben agotarse las vías previas y no existir vías paralelas igualmente satisfactorias	359
- Dentro de un plazo determinado.....	359
- Amparo contra normas legales.....	360
- Posturas en el Derecho Comparado	360
- Amparo contra normas legales en el Perú.....	360
• Amparo contra resoluciones judiciales.....	361
- Modelos en el Derecho Comparado	361
- El amparo contra resoluciones judiciales en el Perú	362
• Amparo contra amparo.....	364
• Amparo frente a materia arbitral.....	365
• Amparo contra resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura	368
• Amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones	369
PROCESO DE CUMPLIMIENTO.....	370
• Legitimidad para obrar activa en el ~	371
• Legitimidad para obrar pasiva en el ~	372
• Ausencia de vía previa en el ~	372
PROCESO DE HÁBEAS CORPUS	373
• Derechos protegidos por el ~	373
• Contenido constitucionalmente protegido de los derechos en el ~.....	375
• Tipos de ~	376
• ~ contra resoluciones judiciales	381

Índice de Voces y Subvoces

• ~ durante regímenes de excepción.....	382
PROCESO DE HÁBEAS DATA.....	384
• Derechos protegidos por el ~.....	385
• Tipología del ~.....	386
• Procedencia de la demanda y competencia judicial en el ~.....	387
• Legitimación procesal y representación en el ~.....	388
• Requisitos de la demanda y contestación de la demanda en el ~.....	388
• Trámite, sentencia y ejecución en el ~.....	388
PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	389
• Legitimación procesal en el ~.....	389
• Doble dimensión del ~.....	390
• Tipología de los vicios de inconstitucionalidad.....	390
• Bloque de constitucionalidad.....	391
• Normas impugnables en el proceso de inconstitucionalidad.....	392
- Leyes.....	392
- Decretos legislativos.....	392
- Decretos de urgencia.....	393
- Tratados.....	394
- Reglamento del Congreso.....	395
- Normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.....	395
- Leyes de reforma constitucional.....	395
- Leyes orgánicas.....	396
- Decretos leyes.....	396
- Normas derogadas.....	397
- Normas preconstitucionales.....	398
- Normas conexas.....	398
- Normas interpretativas.....	398
- Resoluciones legislativas.....	399
• Sentencia de inconstitucionalidad / Sentencias interpretativas.....	399
PROPORCIONALIDAD.....	400
PUNTO DE VISTA.....	400
• ~ del observador.....	400
• ~ del participante.....	401

R

RACIONALIDAD	403
RATIO DECIDENDI	404
RAZÓN.....	405
• El contenido de la ~	406
• ~ en los juicios éticos o morales	406
• ~ teórica	407
• ~ práctica	408
RAZONABILIDAD.....	408
REALISMO JURÍDICO.....	409
• ~ americano.....	410
• ~ escandinavo	410
RECONVERSIÓN DE PROCESOS.....	411
RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL.....	412
REFORMA CONSTITUCIONAL.....	413
• ~ y Tribunal Constitucional.....	413
RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN	414
• Definición	414
• Estado de emergencia.....	414
• Estado de sitio.....	415
• Límites al régimen de excepción.....	415
RÉGIMEN ECONÓMICO	417
• Economía de mercado	418
• Economía social de mercado	418
- Interpretación con mayor cobertura a la iniciativa privada.....	418
- Interpretación más amplia del término “social”	419
REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL	420
REGLA JURÍDICA	420
REGLA DE RECONOCIMIENTO	421
REPRESIÓN DE ACTOS HOMOGÉNEOS.....	423
REPUBLICANISMO	424
RESIDUALIDAD.....	425

Índice de Voces y Subvoces

RESPONSABILIDAD DEL AGRESOR.....	425
• Responsabilidad penal.....	426
• Costas y costos del proceso.....	428
• Indemnización.....	428
RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.....	429
• Resistencia constitucional.....	430

S

SENTENCIAS INTERPRETATIVAS.....	433
• Sentencias desestimatorias, de falta de fundamento, o de rechazo (<i>rigetto</i>)	433
- Sentencia desestimatoria “pura o simple”.....	434
- Sentencias desestimatorias “por errónea premisa interpretativa”.....	434
- Sentencias “desestimatorias interpretativas propiamente dichas”.....	435
• Sentencias estimatorias, de inconstitucionalidad o de acogimiento (<i>accogli- mento</i>).....	435
- Sentencias de estimación total.....	436
- Sentencias estimatorias parciales.....	436
- Sentencias “interpretativas de estimación en sentido estricto”, “mani- pulativas” o “moduladoras”.....	436
• Clases de sentencias manipulativas.....	437
- Sentencias reductoras.....	437
- Sentencias aditivas.....	438
- Sentencias sustitutivas.....	439
- Sentencias exhortativas, apelativas o con aviso.....	440
SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL.....	441
SEPARACIÓN DE PODERES.....	442
• Modelo de equilibrio de poderes.....	443
SILOGISMO JURÍDICO.....	444
SISTEMA ELECTORAL.....	445
• Fórmula electoral.....	445
- Fórmulas mayoritarias.....	446
- Fórmulas electorales proporcionales.....	446
• Barrera legal o umbral mínimo de representación.....	447

• Sistema electoral en el Perú	447
SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	448
SISTEMA JURÍDICO	450
SISTEMA PARLAMENTARIO DE GOBIERNO.....	451
• Definición	451
• Características.....	451
SISTEMA POLÍTICO	452
SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO.....	452
• Definición	452
• Cuestionamientos al presidencialismo	453
• El fenómeno de la democracia delegativa en el sistema presidencial.....	453
SOBERANÍA.....	454
• Desarrollo histórico del concepto de ~	454
• ~ popular	455
• Configuración de la ~ en la Constitución de 1993.....	456
• Noción de ~ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	457
SOLIDARIDAD	458
SUBSIDIARIEDAD	459
• ~ vertical.....	459
• ~ horizontal.....	459
SUBSUNCIÓN.....	460
SUJETOS MERECEDORES DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL	461
SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES	462
SUPLENCIA DE QUEJA DEFICIENTE.....	463
• Principios en la ~	463
- La suplencia del error	463
- La suplencia de la queja stricto sensu (“suplencia de la queja”).....	463
- La suplencia de los agravios en los recursos	463
• Vigencia de la ~	464
• Supuestos de aplicación de la ~	464
SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	465

Índice de Voces y Subvoces

T

TOTALITARISMO	467
TRATADOS	468
• Definición	468
• ~ aprobados por el Congreso	468
• ~ ejecutivos.....	469
• Reservas a los ~	469
• Objeción de las reservas formuladas a ~ de derechos humanos.....	470
• Renuncia a los ~ de derechos humanos.....	471
• Interpretación de los ~.....	471
• El núcleo de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (<i>The core international Human Rights Treaties</i>).....	472
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	473

U

ÚNICA RESPUESTA CORRECTA	475
--------------------------------	-----

V

VALORES.....	477
VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA.....	478
• Interpretación subjetivo-formal	478
• Interpretación subjetivo-sustancial.....	479
• Interpretación objetivo-formal	480
• Interpretación objetivo-sustancial	480
VÍA PARALELA	481
VÍA PREVIA	482
• ~ administrativa	482
• ~ en las relaciones entre particulares	483
• Excepciones al agotamiento de las ~	483
VOTO.....	484

Autoría de las Voces

■ Ana Neyra Zegarra

- Contrato-ley
- Derecho a la libertad de asociación
- Derecho de petición
- Derecho de sufragio
- Elecciones
- Interpretación
- *Iura novit curia*
- Jurado Nacional de Elecciones
- Ley
- Motivación
- Nacionalidad
- Oficina Nacional de Procesos Electorales
- Organizaciones políticas
- Proceso de amparo
- Proceso de hábeas corpus
- Reconversión de procesos constitucionales
- Régimen Económico
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
- Residualidad
- Responsabilidad del agresor
- Sistema electoral
- Suplencia de queja deficiente
- Vía igualmente satisfactoria
- Vía paralela
- Voto

■ Andrea Lostanau Barbieri

- Derecho a la autodeterminación informativa
- Derecho a la integridad personal
- Derecho a la intimidad
- Derecho a la inviolabilidad de domicilio
- Derecho a la vida privada
- Derecho a las libertades de expresión e información
- Derecho al honor y a la buena reputación
- Disposición normativa
- Fórmula del peso
- Norma jurídica
- Precedente

■ Carolina Canales Cama

- Dignidad humana

■ César Zarzosa González

- Ciudadanía
- Código Procesal Constitucional
- Contraloría General de la República
- Democracia
- Derecho a la identidad
- Derecho a la identidad étnica y cultural
- Derecho a la libertad de conciencia

- Derecho a la participación política
- Derechos humanos
- Interés general
- Multiculturalismo
- Poder constituido
- Poder constituyente
- Proceso de hábeas data

■ Humberto Cuno Cruz

- Argumentación jurídica
- Banco Central de Reserva
- Casos trágicos
- Contrato Social
- Discurso práctico
- Distritos electorales
- Estado
- Estado de Derecho
- Interpretación constitucional
- Iusnaturalismo
- Poder
- Razón
- Razonabilidad
- Sentencias interpretativas
- Totalitarismo
- Valores

■ Ivar Calixto Peñafiel

- Aborto
- Amnistía
- Asilo
- Derecho de resistencia
- Crímenes de guerra
- Crímenes de lesa humanidad
- Crímenes internacionales
- Cuestiones políticas no justiciables
- Derecho a la vida
- Derecho Internacional Humanitario
- Eutanasia

- Extradición
- Gracia presidencial
- Genocidio
- Reforma constitucional
- Régimen de excepción
- Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
- Sistema parlamentario de gobierno
- Sistema presidencial de gobierno
- Soberanía
- Tratados

■ Johan León Florián

- Acuerdos carentes de teoría completa
- Análisis Económico del Derecho
- Antejjuicio Político
- Comunitarismo
- Consenso traslapado
- Derecho a no padecer hambre y derecho a una alimentación adecuada
- Derecho a la consulta previa e informada de los pueblos indígenas
- Derecho a la educación
- Derecho a la salud
- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva
- Derecho a la vivienda adecuada
- Derecho al acceso a internet
- Derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas
- Derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas
- Derechos sociales
- Familia ensamblada
- Inmunidad parlamentaria
- Inconstitucionalidad por omisión
- Infracción a la Constitución
- Juicio político
- Posición original

■ **Jose Miguel Rojas Bernal**

- Acto lesivo
- Actuación inmediata de sentencia impugnada
- Bloque de constitucionalidad
- Capacidades básicas
- Casos fáciles / Casos difíciles
- Control de constitucionalidad
- Cosa juzgada
- Creación judicial del Derecho
- Deberes constitucionales
- Derecho a la libertad de religión
- Derechos colectivos
- Esfera de lo indecible
- Estado laico, neutro y aconfesional
- Garantismo
- Gobierno de los jueces
- Injusticia extrema
- Intereses difusos
- Jurisprudencia
- Medida cautelar
- Mutación constitucional
- Originalismo
- Participe
- Paternalismo jurídico
- Precompromiso
- Proceso de acción popular
- Proceso de inconstitucionalidad
- Represión de actos homogéneos
- Rigidez constitucional

■ **Juan Manuel Sosa Sacio**

- Constitución
- Constitucionalismo
- Contenido esencial
- Derecho a la libertad personal
- Derecho a la renta básica
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad

- Derechos fundamentales
- Descentralización
- Garantía institucional
- Imperativo categórico
- Libertad
- Neoconstitucionalismo
- Pretensión de corrección
- Republicanismo
- Sentimiento constitucional
- Sistema político
- Sujetos merecedores de especial protección constitucional

■ **Liliana Salomé Resurrección**

- Autonomía procesal
- *Certiorari*
- Consejo Nacional de la Magistratura
- Decreto de Urgencia
- Decreto legislativo
- Decreto ley
- Decreto supremo
- Defensoría del Pueblo
- Derecho a la libertad de contratación
- Derecho a la libertad de empresa
- Derecho a la pensión
- Derecho a la verdad
- Derecho al agua
- Derecho al debido proceso
- Derecho de acceso a la información pública
- Derecho a la propiedad
- Derecho a la libertad de reunión
- Derecho Procesal Constitucional
- Estado de cosas inconstitucional
- Jurisdicción
- Jurisdicción militar
- Órgano constitucional
- Proceso competencial

- Proceso constitucional
- Proceso de cumplimiento
- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
- Vía previa

■ Manuel Bastos Pinto

- Aguijón semántico
- Coto vedado
- Derecho a la libertad sindical
- Derecho a la seguridad social
- Derecho al trabajo
- Integración jurídica
- Juez Hércules
- Laguna normativa
- Ministerio Público
- Perfeccionismo
- Poder Ejecutivo
- Poder Judicial
- Poder Legislativo
- Positivismo jurídico
- Preámbulo constitucional
- Punto de vista
- Realismo jurídico
- Regla de reconocimiento
- Separación de poderes
- Única respuesta correcta

■ Maribel Málaga Alaluna

- Derecho a la ejecución de resoluciones judiciales
- Derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado
- Derecho al secreto bancario

- Derecho de acceso a la función pública
- Derecho de los consumidores y usuarios
- Doctrina jurisprudencial
- Ejecución de sentencias constitucionales
- *Leading case*
- Liberalismo
- *Overruling*
- Recurso de agravio constitucional
- Subsidiariedad
- Subsunción
- Supremacía Constitucional
- Tribunal Constitucional

■ Úrsula Indacochea Prevost

- *Amicus curiae*
- Antinomia jurídica
- Autonomía
- Contenido constitucionalmente protegido
- Costumbre jurídica
- Derecho al mínimo vital
- Fuentes del Derecho
- Igualdad
- Independencia judicial
- Ponderación
- Principios generales del Derecho
- Proporcionalidad
- Racionalidad
- *Ratio decidendi*
- Regla jurídica
- Silogismo jurídico
- Sistema jurídico
- Solidaridad