



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”**



**ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**

TESIS

**“La interpretación constitucional en la
protección y reconocimiento de nuevos
derechos fundamentales en el Perú”**

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

AUTORA:

Bach. Paredes Ciccía, Carla Yolanda

ASESOR:

Dr. Hernandez Rengifo, Freddy Widmar

LAMBAYEQUE – PERÚ

2019

**“LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA
PROTECCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE NUEVOS
DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PERÚ”**

Bach. Carla Yolanda Paredes Ciccía
Autora

Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
Asesor

APROBADO POR:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez
Presidente del jurado

Dr. Victor Ruperto Anacleto Guerrero
Secretario del jurado

Mg. Oscar Vilchez Velez
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A mis padres Yolanda y Carlos, cuyo amor paternal inspiro cada paso de mi vida y junto al amor de mis hermanas fortaleció cada decisión tomada.

A mi esposo Jhonny Tupayachi, por ser ese compañero de vida que Dios puso en mí camino y que inspira muchos de mis deseos y proyectos.

A Kiara compañera infatigable de alegrías cada uno de mis días y noches, en cuyo cariño encuentro la alegría de llegar a casa cada día.

AGRADECIMIENTO

A mis profesores de la maestría en Derecho Constitucional por sus enseñanzas y por la motivación de culminar esta etapa de mi vida.

A Luis Herrera colaborador infatigable por su apoyo en la realización de la labor de recolección de datos.

A mi familia, por ser esa fuente de inspiración.

A Kiara, por su compañía.

INDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN	9
SUMMARY.....	10
INTRODUCCIÓN	11

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

I. Realidad problemática	16
1.1. Planteamiento del problema.....	16
1.2. Formulación del problema.....	18
1.3. Justificación e importancia del estudio	18
1.4. Objetivos de investigación.....	21
1.4.1. Objetivo General	21
1.4.2. Objetivos Específicos	21
II. Metodología	23
2.1. Tipo de Estudio	23
2.2. Metodología General de la Investigación	23
2.3. Identificación y clasificación de variables	24
2.3.1. Variables Independientes.....	24
2.3.2. Variables Dependientes	24
2.4. Ámbito de la investigación.....	24
2.5. Procesamiento de la información acumulada.....	24

CAPITULO II

LA CONSTITUCIÓN COMO CARTA FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. La Constitución	25
1.1. Origen y evolución.....	27
1.2. Tipos de Constitución	29
1.3. Características de la Constitución	32

II. Los Derechos Fundamentales	34
2.1. Cuestión filosófica de los derechos fundamentales	34
2.2. Los Derechos Fundamentales en los textos constitucionales	36
2.3. Relación de los Derechos Fundamentales y Constitución.....	38
III. Interpretación Constitucional	39
3.1. Consideraciones iniciales sobre la interpretación constitucional ...	39
3.2. Evolución de la interpretación constitucional	41
3.3. La teoría de la Interpretación Constitucional	42
3.4. El objeto y propósito de las teorías de interpretación	44
3.5. La interpretación de los derechos fundamentales	45

CAPITULO III

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS MECANISMOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

I. La Interpretación Constitucional	48
1.1. Concepto de interpretación	48
1.2. La interpretación Constitucional	50
1.3. La Constitución como norma peculiar en su proceso interpretativo	51
II. Los Métodos de Interpretación Constitucional	54
2.1. Los métodos clásicos de interpretación.....	54
2.1.1. Criterio Gramatical.	54
2.1.2. Método histórico	55
2.1.3. Método teleológico	56
2.1.4. Método sistemático	57
2.1.5. La interpretación evolutiva.....	58
III. Los principios de interpretación constitucional en la jurisdicción peruana	60
3.1. El mito del supremo interprete constitucional	64
IV. Posición de la jurisdicción constitucional peruana	66

CAPITULO IV

LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

I. La Interpretación constitucional y los derechos fundamentales	70
II. La Jurisprudencia Constitucional Peruana sobre el tema	74
III. Derechos Fundamentales creados por la jurisprudencia del TC	76
3.1. El Derecho a la verdad	77
3.2. El derecho al agua potable	78
3.3. Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad	78
3.4. Derecho de los consumidores y usuarios	79
3.5. Derecho a la eficacia de norma y actos administrativos	80
3.6. Derecho al ascenso a la carrera diplomática	81
3.7. Derecho a procesos constitucionales de la libertad	82
IV. Contenido implícito y nuevo contenido de los derechos fundamentales	82
V. Cláusula de derechos no enumerados	84
VI. Teorías en razón al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales	85
6.1. Norma general de libertad	85
6.2. Norma de clausura del sistema de libertades	87
6.3. Principios constitucionales implícitos	88

CAPITULO IV

LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

I. La constitución y su adaptación a nuevas circunstancias y el reconocimiento de derechos “no escritos”	90
1.1. Las fórmulas en el texto constitucional para la inclusión de “nuevos derechos”	91
II. Consideraciones de la perspectiva comparada	96
2.1. Estados Unidos	96
2.2. Alemania	98
2.3. Italia	99
2.4. Francia	101
2.5. España	103
3.1. Derecho a la protección de datos y derecho al olvido digital	104
3.2. El Derecho a la verdad	106
3.3. Derecho a la unión de hecho	108

3.4. Derecho a procrear y la intimidad familiar	111
3.5. Derecho a la pensión en parejas homosexuales.	115
3.6. Derecho al Internet.....	120
CONCLUSIONES	122
SUGERENCIAS.....	124
BIBLIOGRAFÍA	126

RESUMEN

La interpretación de la Constitución no es una tarea fácil, dado que, no sólo se trata de identificar la voluntad del legislador y mucho menos lo que este quiso regular al momento de otorgarla, sino que, se hace compleja al momento de determinar el alcance y contenido de derechos fundamentales y como estos pueden repercutir en la vida de las personas, más aún, cuando la sociedad evoluciona y hace que nuevas “*condiciones*” puedan generar la necesidad de ser reconocidas como derecho, lo cual, conlleva a preguntarnos si el marco constitucional es suficiente o existe la necesidad de reconocer nuevos derechos fundamentales.

La presente investigación busca recoger algunas teorías en razón a dicho debate, considerando que nuestra Constitución recoge la cláusula abierta de interpretación, pero también debe establecerse ciertos límites para que dicha tarea no se desnaturalice: De igual forma, nos ayuda mucho el revisar la doctrina y la legislación comparada para determinar en qué medida, nuestro catálogo de derechos se ajusta a la realidad social, que si bien es cierto se enmarca a la jurisdicción donde la Constitución tiene imperio, pero que no puede desconocer la realidad de otros ámbitos, donde la pluralidad de “*condiciones*” pueda llevarnos a replantear la necesidad de incorporar nuevos derechos a nuestra lista ya reconocida.

SUMMARY

The interpretation of the Constitution is not an easy task, given that it is not only to identify the will of the legislator and much less what it wanted to regulate at the time of granting it, but it becomes complex when determining the scope and content of fundamental rights and how these can affect the lives of people, even more, when society evolves and makes new "conditions" can generate the need to be recognized as a right, which leads us to ask ourselves if the constitutional framework It is enough or there is a need to recognize new fundamental rights.

The present investigation seeks to gather some theories in reason to this debate, considering that our Constitution includes the open interpretation clause, but certain limits must also be established so that this task is not distorted: Likewise, it helps us a lot to review the doctrine and the legislation compares to determine to what extent, our catalog of rights is adjusted to the social reality, that although it is true is part of the jurisdiction where the Constitution has empire, but can not ignore the reality of other areas, where plurality of "conditions" may lead us to rethink the need to incorporate new rights to our already recognized list.

INTRODUCCIÓN

Un Estado moderno se caracteriza por la concurrencia de tres elementos esenciales: libertad, dignidad humana y democracia. La Grecia Antigua, tiene como uno de sus ejes a la libertad del individuo, entendida esta como el excelso bien emanado de la dignidad humana. Sobre democracia, libertad y dignidad humana, existe una multiplicidad de concepciones, desde las más clásicas hasta las más actuales. Respecto del primer concepto, por citar un ejemplo tenemos a Ruiz Rodríguez quien afirma, que *“la democracia no es sólo decidir y votar, sino poder llevar a cabo nuestros anhelos, con mención especial de los de libertad e igualdad”*¹. Es decir, no podría hablarse de democracia si estos dos últimos derechos están siendo vulnerados, ya sea por particulares o desde el estado. En la misma línea, se encuentra el profesor Joan Subirats, quien sostiene que la democracia no tiene por qué considerarse como un fin en sí misma, sino cuestionar como aporta a que actualmente se avance hacia un mundo en el que los ideales de libertad e igualdad puedan cumplirse de manera más satisfactoria, manteniendo además la aceptación de la diversidad como elemento estructurante en un escenario indefectiblemente globalizado. Y la respuesta estriba en función a una democracia que recupere el sentido transformador, igualitario y participativo que tenía hace años. Y que, por tanto, supere esa visión utilitaria, formalista, minimalista y encubridora muchas veces de profundas desigualdades y exclusiones que tiene ahora en muchas partes del mundo.²

Respecto de la libertad, se tienen un sinnúmero de elucubraciones dogmáticas. Pero desde una óptica democrática, la libertad, comprende a decir de Morales Brand *“el dominio interno de la conciencia, los gustos, determinación de sus propios fines y asociación con otros individuos; la*

¹ **RUÍZ RODRÍGUEZ**, Virgilio. Democracia y Derechos Humanos en México. Situación Actual, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (CODHEM), México, 2014, p 15.

² Cfr. **SUBIRATS**, Joan, Democracia, participación ciudadana y transformación social, en Democracia participativa y desarrollo humano, Dykinson, Madrid, 2008, p 29.

libertad como garantía debe proporcionar los mecanismos para lograr el total respeto de estas actuaciones de la persona, y que busque su propio bien, en tanto no prive a los demás del suyo o les impida su esfuerzo para conseguirlo. (...) Esa es la libertad que el Estado salvaguarda, al señalarnos que somos libres siempre y cuando nuestros actos no provoquen daños a terceros”³.

Finalmente, sobre dignidad humana, la opinión es vastísima. Desde nuestra perspectiva consideramos, que la democracia encuentra su razón de ser en esta inalienable cualidad de la persona.

Los párrafos precedentes nos llevan a conjeturar que existe una inmediata correlación entre el sistema democrático y el derecho de la libertad. Solo cuando se entiende dicha relación, entendemos también los aportes de la democracia al sistema jurídico, en cuanto el fin de este, consiste en la protección de derechos fundamentales de todos los individuos. En consecuencia, no podría justificarse la restricción de un derecho si esta proviene de una decisión arbitraria, es decir antidemocrática. Ello no significa que todo en democracia es justificable, no obstante, mientras se respete los estándares mínimos de la dignidad humana, las restricciones impuestas serán legítimas.

Ahora, cabe cuestionar si el derecho a la Libertad reconocido en la Constitución es una construcción democrática. La respuesta más óptima a nuestros intereses la da Carmo da Silva, quien afirma que *“en el Estado democrático de derecho, incluso cuando se trata de deliberar las decisiones acerca de los derechos fundamentales de la persona, como ocurre a menudo en las decisiones relativas al proceso penal, es evidente la necesidad de la participación de la persona en cuestión, ya sea por el requisito de ejercicio contradictorio, ya sea en el ejercicio de lectura*

³ **MORALES BRAND, José Luis Eloy**, Sistema penal acusatorio y el derecho a la libertad personal, en Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, Núm. 5, enero 2011, Universidad Autónoma de San Luís Potosí, México, 2011, p 149.

*amplia, pero esencialmente por medio de argumentos válidos para componer los fundamentos de la decisión judicial*⁴. Es decir, si se va ejercer la acción penal en contra de un individuo y en aras de fortalecer los principios democráticos, debe atenderse en primer lugar al individuo en cuanto fin del estado y de la sociedad. No podría legitimarse una restricción de la libertad, si esta no es consecuencia del cumplimiento de mínimas garantías como la libertad.

Según Ruíz Rodríguez, *“la dignidad humana es considerada como el valor de referencia de todo derecho fundamental, y que entraña (...) no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas y humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”*⁵, es decir, fundamenta los derechos fundamentales, como la libertad individual, proscribiendo automáticamente una actuación estatal arbitraria en contra de la persona, más concretamente de una persona que es investigada, a quien se le pretende impone una medida cautelar personal. Por lo tanto el primer límite a la medida impositiva de restricción de derechos, como la libertad individual está en primerísimo orden la acotación de los presupuestos que impone el principio de la dignidad humana, pues constituye uno de *“los principios esenciales del Estado constitucional democrático, al igual que la libertad, la igualdad”*⁶. El estado se muestra democrático cuando a través de sus instituciones respeta este principio.

La igualdad es otro límite al *iuspuniendi* del estado, y está ligado íntimamente a la dignidad humana. Este límite, *“impone un trato igual para los casos iguales y uno desigual para los que son diferentes; no se trata, pues, del derecho a ser igual, sino del derecho a ser tratado*

⁴ **CARMO DA SILVA, Edimar**, La legitimidad democrática de la restricción de derecho fundamental en la teoría del consenso de Jürgen Habermas, en Revista de Derecho, Núm. 7, Julio 2015, Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2015, p 110.

⁵ **RUÍZ RODRÍGUEZ, Virgilio**, Óp. Cit, p. 93-94

⁶ **BAHENA VILLALOBOS, Alma Rosa**, El principio pro persona en el estado constitucional y democrático del derecho, en Ciencia Jurídica, Núm. 4-7, enero 2015, Editorial de la Universidad de Guanajuato, México, 2015, p. 11.

igualmente enfrente a situaciones similares”⁷.

Hemos tomado como punto inicial la conceptualización de esta nota introductoria, a la democracia, la libertad y la dignidad humana, porque consideramos que el desarrollo legislativo siempre ha tenido como eje dichos tópicos a fin de dotar al ordenamiento una base ontológica inexorable. Así pues, desde la primera hasta la cuarta generación de derechos, se ha ido identificando, que el hombre en ejercicio de su libertad, en el marco de un sistema democrático, ha considerado como fin último su dignidad humana. Precisamente, la dignidad humana, es la base del catálogo de derechos y obligaciones, consagrados en las cartas políticas de cada Estado.

La presente investigación, como se verá más adelante, trata de identificar en el sistema democrático, como se ha venido produciendo los cambios en las legislaciones constitucionales y regionales y en los pronunciamientos jurisprudenciales, el contenido de derechos, que, en el siglo XX, no figuraban en las agendas de los Estados. Por ejemplo, el Derecho a la procreación mediante técnicas de fecundación in vitro. Hablamos, en ese sentido, de que ha surgido una nueva generación de Derechos, la misma que tiene su génesis, en la inconmensurable globalización, pero sobretodo en el reconocimiento universal, de que la persona y su dignidad, son fin último de la humanidad.

Por lo anterior, en este trabajo, desde un punto metodológico, ha tratado la problemática que actualmente se presenta con la aparición de la nomenclatura “Nuevos Derechos”. Es decir, se ha identificado, que la aparición de nuevos derechos, ha hecho que se modifiquen sus constituciones o se haga interpretaciones de las mismas, a partir de una coyuntura pro homini. Lo cierto es que aún no existe un consenso que

⁷ **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando**, Anteproyecto de la parte general del código penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado, en La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2009, p. 53.

permita denominar a ciertas situaciones como derecho en el sentido estricto de la expresión. En un segundo nivel, respecto del marco conceptual, este trabajo, trata a la Constitución y sus alcances no solo jurídicos sino políticos, en los sistemas normativos, los que constantemente tienen que recurrir a ella para salvar una serie de dificultades, que el ordenamiento legal en estricto, se ve impedido de realizar. Y finalmente, tratando otorgar un enfoque pragmático, y atendiendo a las consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales, se ha recogido varias resoluciones del sistema internacional, que tienen como temática la aparición de nuevos derechos.

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

I. REALIDAD PROBLEMÁTICA

1.1. Planteamiento del problema

La interpretación de las normas positivas conlleva a concederles un sentido determinado, siendo la Constitución la norma jurídica de mayor jerarquía dentro de los Estados, conlleva una mayor relevancia, dado sus fines, tales como su preeminencia sobre el resto del ordenamiento jurídico, el organizar la convivencia política del país y la defensa irrestricta de los derechos fundamentales. Sobre lo señalado, la característica de norma suprema de la normativa jurídica, obliga a que de su interpretación dependa la vigencia de los demás dispositivos normativos, los que de contravenir la Constitución pueden ser eliminadas del ámbito jurídico, de igual forma, lectura contraria a la Constitución conllevaría, a una indebida interpretación desnaturalizando así sus fines.

El texto constitucional recoge todos los derechos fundamentales que reconoce nuestro Estado, en tal condición, convierte a la Constitución en el principal elemento de su regulación y protección, siendo que la interpretación que se dé sobre los mismos, repercute en la vida de la ciudadanía y en el propio alcance de tales derechos, conllevando a que la interpretación constitucional tenga un valor relevante en la paz social y protección de la vida y dignidad del ser humano.

En condensar la Constitución diversos aspectos de la vida humana y del Estado, resulta importante tener una idea clara de que es la Constitución, a partir de dicha definición, resulta viable implementar una concordancia metodológica-jurídica, entre el contenido constitucional y los diversos métodos interpretativos a implementar, considerando que el método interpretativo no crea el objeto a interpretar, sino que este debe adecuarse a él.

En ese orden de ideas, el principio de interpretación conforme al propio texto constitucional busca evitar los posibles vacíos existentes, sobre todo cuando existe un conflicto entre la Constitución y la ley o cuando haya conflicto entre derechos fundamentales, o más grave aún, cuando se trata de restringir o reconocer un nuevo derecho fundamental. En tal sentido, es importante identificar un adecuado método de interpretación constitucional, a efecto de contar con herramientas claras y efectivas para situaciones que merezcan amparo constitucional y que no estén albergadas en los derechos fundamentales existentes, situaciones que en muchos de los casos, pueda intentarse incorporar dentro de los derechos fundamentales existentes, pero que en realidad, merezcan un reconocimiento independiente, buscando así, establecer un solo lineamiento interpretativo⁸.

En ese contexto, mediante la presente investigación, se tiene por objeto analizar, identificar y determinar los criterios (principios) asumidos por el Tribunal Constitucional, el mismo que cuenta comúnmente, con un repertorio amplio de pautas interpretativas, las mismas que deben buscar encontrar el espíritu de la norma constitucional, sobretodo en la interpretación y reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, para lo cual, debe haber correlato y coexistencia entre la interpretación que realiza el juez ordinario y el juez constitucional, toda vez que ambos jueces interpretan el mismo cuerpo normativo, la Constitución, y que el efecto de dicha interpretación, sirva para proteger situaciones que merezcan el reconocimiento de “*derecho fundamental*”, para lo cual, revisaremos la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional necesaria para cumplir con dicho objetivo.

⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia Nro. C-539/11, Precedente Judicial en resolución de peticiones y expedición de actos administrativos relativos a pensiones, salarios, prestaciones sociales y ciertos daños-fuerza vinculante, Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil once (2011).

1.2. Formulación del problema

¿Cuál es la relevancia de la interpretación constitucional para una adecuada protección de derechos fundamentales y reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, conforme la evolución de los mismos?

1.3. Justificación e importancia del estudio

La interpretación constitucional no es una tarea fácil, dada la relevancia de dicho cuerpo normativo, más aún, cuando se trata de proteger, resolver conflictos en materia de derechos fundamentales o reconocer nuevos derechos. Los conflictos constitucionales son de diferente nivel y características que las controversias de orden judicial, ello, porque en muchos de los casos comprenden derechos fundamentales que pueden verse protegidos y vulnerados. En tal sentido, es importante determinar la existencia de un “*íter actuario*” entre las disposiciones normativas ordinarias y las constitucionales, a efecto de determinar un criterio interpretativo.

Reconociendo la complejidad de la interpretación constitucional, se hace cierto lo manifestado por Manuel Atienza⁹ al describir la controversia constitucional como compleja, lo cual, no se resuelve con la aplicación de teorías interpretativas o percepciones ajenas a la lógica jurídica, debiéndose prever escenarios en los que las reglas y dichos criterios resultan insuficientes e incompletos. En tal contexto, es necesario reconocer aquellas pautas de interpretación que permitan una mayor efectividad, al igual que aquellas reglas de interpretación constitucional que orientan la aplicación individual o conjunta de los principios.

⁹ ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2004. p. 13.

Como bien señala el profesor germano Konrad Hesse¹⁰, la actividad interpretativa se convierte en ineludible cuando estamos frente a una disquisición constitucional, que la propia Constitución no puede resolver de manera directa, es allí, donde reside la relevancia de la interpretación constitucional, más aun cuando se tiene en cuenta que la Constitución es una norma principio.

Es indudable que la Constitución es el cuerpo normativo de mayor importancia dentro del ordenamiento normativo, más aún, por la peculiaridad de ser un cuerpo jurídico y político, lo cual, obliga a tener un procedimiento distinto de interpretación, el mismo que no sólo se basa en el Derecho puro, sino que se apoya en el contexto sociológico para determinados casos. Bajo dicha perspectiva, no puede recurrirse a métodos clásicos interpretativos, como los propuestos por Savigny, dado que han demostrado ser insuficientes. Es por ello, que para hacer concordante la Constitución con el contexto social y real, darle contemporaneidad al contenido de la principal norma, es importante que los derechos contemplados en la misma, puedan ser aplicables a toda situación de relevancia constitucional y de no existir dicho alcance de protección, sea necesario identificar la misma y generar el reconocimiento de un derecho fundamental.

En ese orden de ideas, podemos señalar que hoy tanto los derechos como los principios que se desprenden de los diversos fallos emitidos por los tribunales constitucionales (sobre todo europeos), han ido reconociendo situaciones nuevas de protección constitucional, creando nuevos derechos fundamentales. En tal caso, es importante que dicha tarea interpretativa sea acogida por nuestro Tribunal Constitucional, a efecto que la lectura del alcance y protección de los derechos

¹⁰ **HESSE, Konrad**, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

fundamentales pueda ser extendida a nuestro país, de esta forma poder concretizar un verdadero Estado Constitucional de Derecho¹¹.

La tutela de los derechos fundamentales es un bien de relevancia constitucional, tan importante como el desarrollo de nuevos derechos fundamentales. Como bien señala Guastini¹², es claro que con el advenimiento de la crisis del positivismo jurídico, el intérprete constitucional se ha enfrentado a la realidad social, política, cultural y económica, entroncada con la norma positiva, lo cual, ha conllevado a la evolución de los derechos fundamentales, considerando que la dogmática jurídica no ha logrado resolver los conflictos entre derechos existentes, lo que conlleva el distanciamiento y falta de coherencia entre la realidad el marco positivo.

En tal sentido y recogiendo lo dicho por Konrad Hesse, se recurrirá a la actividad interpretativa constitucional siempre y cuando de una lectura racional de la Constitución, se deprendan más de una respuesta a una cuestión constitucional. Bajo dicha perspectiva, la interpretación constitucional es decantarse por el sentido interpretativo más adecuado a la razón y la realidad.

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 05854-2005-AA, caso Lizama Puelles, ha desarrollado los principios que informan la actividad interpretativa constitucional, los cuales han sido asimilados de la doctrina italiana, así como de su jurisprudencia, debiéndose ampliar los mismos para lograr una adecuada y efectiva protección de los derechos fundamentales, así como el análisis del basamento teórico sobre el que se fundamentan, a fin de construir una autentica doctrina que contemple la posición asumida por el Tribunal Constitucional, la misma que permita una autentica interpretación de los

¹¹ **DE ASÍS, Rafael**, Sobre el concepto y fundamento de los derechos fundamentales, Instituto de Derechos Fundamentales, Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2001.

¹² **GUASTINI, Ricardo**, Distinguiendo, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 132.

Derechos Fundamentales reconocidos en la carta constitucional y que permita la extensión de los mismos, sin reparo ni limitación social alguna.

1.4. Objetivos de investigación

1.4.1. Objetivo General

Elucidar teóricamente la relevancia de la Constitución como carta fundamental de protección a los derechos fundamentales y resaltar la importancia de la interpretación constitucional para una adecuada protección y reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, conforme a la evolución social y dogmática de los mismos, reconociendo además la existencia de conductas que merecen protección frente al catálogo constitucional existente.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Identificar aquellos mecanismos y principios de interpretación constitucional que sean útiles para una mayor protección de conductas del hombre y son parte de la evolución social y de los propios derechos fundamentales existentes.
- Analizar la interpretación que se hace de la Constitución y los mecanismos que se utilizan en la misma aplicados por el Tribunal Constitucional, para identificar la protección y reconocimiento de nuevos derechos fundamentales.
- Analizar aquellas resoluciones emitidas por instancias constitucionales y de derechos humanos de orden internacional, a efecto de identificar, cuales son los criterios que se vienen tomando a fin de proteger y reconocer nuevos derechos fundamentales.

1.5. Formulación de hipótesis

PRINCIPIO: Teniendo en cuenta que:

La interpretación constitucional opera siempre y cuando de la lectura racional de la Constitución, se dependan aparentemente más de una respuesta a determinada cuestión constitucional. Interpretar es decantarse por el sentido interpretativo más adecuado a la razón y a la realidad.

HIPOTESIS: Es probable que:

Al analizar el texto constitucional por los diversos órganos jurisdiccionales se llegue a distintos mecanismos y contenidos producto de la interpretación constitucional, más aún, que estos puedan repercutir en la interpretación y protección de los Derechos Fundamentales, por lo cual, sea necesario establecer pautas doctrinarias en razón a los principios que deben ser considerados, creando una línea doctrinaria y jurisprudencial nacional que vaya acorde con el marco internacional.

II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de Estudio

Descriptivo y explicativo. Porque se busca dilucidar teóricamente los métodos de interpretación constitucional haciendo de las mismas herramientas efectivas para una mayor salvaguarda y tutela de los derechos fundamentales y el desarrollo de nuevos derechos.

2.2. Metodología General de la Investigación

Para la investigación se recurrirá al Método Inductivo, Método Deductivo, Método Analítico.

- Técnica de Recolección de Información

Documental o Bibliografía.

- Técnica de Recolección de Datos

Se realizará la recolección de datos necesarios y vinculados con las variables consignadas en la investigación, lo cual implica tres actividades estrechamente vinculadas entre sí:

- **Seleccionar un instrumento de medición;** para nuestro estudio utilizamos el “análisis de contenido”, la cual es una técnica para estudiar y analizar la información de una manera objetiva, sistemática y cuantitativa a efecto de hacer inferencias válidas y confiables de datos con respecto a su contexto, sobre todo al momento de analizar las sentencias materia de la investigación.

- **Aplicar instrumentos de medición:** es decir se obtuvo las observaciones y mediciones de las variables que son de interés para nuestro estudio.

2.3. Identificación y clasificación de variables

231. Variables Independientes

- La teoría de la interpretación constitucional.
- La ideología de la interpretación constitucional.

232. Variables Dependientes

- La interpretación constitucional y los derechos fundamentales.

2.4. Ámbito de la investigación:

Área de Conocimiento:

Campo : Ciencias Jurídicas

Área : Derecho Constitucional

Línea : Doctrina Constitucional - Derechos Humanos

2.5. Procesamiento de la información acumulada

La revisión bibliográfica va a constituir en primer término el marco referencial de la investigación que busca relacionar las variables propuestas; se realizará un análisis teórico por cada una de las variables para luego describir la relación entre éstas. Posterior a ello, se contratará la base teórica con la jurisprudencia seleccionada a efecto de relacionar el contenido doctrinario con la eficacia de su aplicación al caso concreto, elucidando teóricamente la eficiencia de su contenido.

CAPITULO II

LA CONSTITUCIÓN COMO CARTA FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. La Constitución

La Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía del Estado, organiza el poder político estableciendo mecanismos de control del mismo, regula aspectos de la vida en sociedad mediante postulados democráticos nacientes de la relación Estado pueblo.

Forma de definir la Constitución son muchas, la presente definición responde a un concepto racional normativo de Constitución¹³, el mismo que contiene elementos de carácter formal y material. La Constitución, si quiere ser realmente tal, tiene que tener características propias, como bien lo señala la doctrina al establecerse el término de “Constitución constitucional” (“konstitutionnelle Verfassung”)¹⁴.

El carácter formal que tiene la Constitución se materializa al considerar a la misma como norma jurídica suprema del Estado, si bien lo formal es necesario, no puede estar por encima del carácter material, siendo ello peligroso como bien lo señala Gomes Canotilho, quien señala que “la sustantivación excesiva de una Constitución” implica ciertos riesgos, siendo uno de los más proclives “el vaciamiento de su fuerza normativa ante la dinámica social y política”¹⁵.

En razón a los aspectos materiales, podemos encontrar dos elementos que están inmersos en la Constitución, el primero la organización del poder político y el segundo la regulación básica de la sociedad. Ambos

¹³ **GARCIA PELAYO, Manuel**, Derecho Constitucional Comparado, Ed. Alianza, Madrid, p. 54.

¹⁴ **GARCIA PELAYO, Manuel**, Constitución y Derecho Constitucional, Revista de Estudios Políticos, N° 37, 1948, p. 63.

¹⁵ **GOMEZ CAHOTILHO, José Joaquim**, Teoría de la Constitución, Dykinson, Madrid, 2004, p. 21.

elementos son indispensables en la vida del Estado, considerando que se regulan más allá de aspectos formales, dado que el poder político se estructura con la incorporación de elementos de control la sociedad se regula respondiendo a principios democráticos. La percepción del control del poder es uno de los fines propios de la democracia, por lo que no podría entenderse la democracia alejada de dicho fin. En dicha percepción, el contenido material de la Constitución debe permitir el ejercicio del poder en diversas modalidades dentro de los márgenes fijados por la propia norma fundamental.

Para una adecuada *organización del poder político*, es importante establecer el principio de separación de poderes, cuyo núcleo básico es la idea de equilibrio. Al ser la sociedad un cuerpo político que cede parte de su soberanía al Estado, debe estar contenido en la carta fundamental, parámetros de administración a dicho poder, el mismo que requiere de una estructura política para su adecuado ejercicio. Pero ello, no debe alejarnos de la idea que la Constitución debe regular también la *sociedad*, siendo que la Constitución regula *aspectos esenciales de la vida en sociedad*, diferente a elementos comunes de la sociedad, lo cual es tarea del Derecho en general.

Al ser la Constitución el punto de partida del ordenamiento jurídico, debe contener los principios fundamentales del ordenamiento de la sociedad a la cual está destinada. Dicha regulación debe darse desde parámetros democráticos, considerando que la Constitución debe albergar principios de carácter general, al igual que debe contener un estricto cuidado sobre los derechos del ciudadano, no sólo como elemento general de la sociedad, sino también como individuo de la misma¹⁶.

En tal sentido, la Constitución se convierte en el instrumento mediante el cual una sociedad se auto determina y organiza políticamente a través de

¹⁶ SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Ed. Alianza, Madrid, 2001, p. 46-46.

los cauces democráticos pertinentes, dicha condición de carácter general también se lleva al ámbito individual, ello, al considerar que la Constitución también auto determina al individuo respecto al grupo.

1.1. Origen y evolución

El término Constitución de origen muy antiguo y se remonta a etimológicamente a una expresión latina. Sin perjuicio de la relevancia histórica que pueda tener el origen de la denominación, es preciso identificar el concepto jurídico de Constitución, el mismo que se remonta a mitad del siglo XVIII, donde próceres americanos y franceses fueron los principales actores de asentar las bases de un concepto axiológico y social, propio de la coyuntura y valores sociales. En ese sentido el profesor Varela Suaces¹⁷, identifica cuatro etapas de la historia constitucional. La primera se desarrolla en Inglaterra desde principios del siglo XVII hasta la independencia de las colonias americanas. En este periodo se fundan los principios del *rule of law* y de la *soberanía parlamentaria*, siendo dichos principios existentes en el Derecho británico. Con la Revolución de 1688 cambia la naturaleza de la monarquía y se hace constitucional. Los primeros atisbos del parlamentarismo se dan con la llegada al trono en 1714 de la Casa de Hannover cuando el Primer Ministro asuma la dirección política del Estado, surgiendo de esta forma el sistema parlamentario de gobierno.

La segunda etapa es ubicada por Varela entre la independencia norteamericana y las Cortes de Cádiz, donde se inspiran textos básicos de la época como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), Declaración de Derechos de Virginia y la Declaración de Derechos del Hombre y ciudadano (1798), época en la que se desarrolla la esencia del concepto jurídico de Constitución, ello, porque la Constitución de los Estados Unidos de América aprobada en 1787, instaaura un sistema federal e incorpora un “*Bill*” de derechos. Al otro extremo del mundo, en el

¹⁷ VARELA SUANCES, Joaquín, Textos básicos de la historia constitucional comparada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998, págs. XVI y ss.

continente europeo encontramos la primera Constitución francesa de 1791, la cual se funda en principios de soberanía nacional y de división de poderes como bien describe Sieyes¹⁸.

La percepción de contar con un documento escrito y sistémico, con un contenido determinado, nace de la revolución francesa y norteamericana, siendo además que el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”. Recogiendo lo señalado por el profesor Roberto Blanco al momento de definir la Constitución, señala que es una “arquitectura o, si se prefiere, una *mecánica* que los norteamericanos van a descubrir expresivamente con la denominación de *check and balances*, ello, en un complejo conjunto de controles y sistemas de equilibrio relacionado entre sí y destinado, esencialmente, a garantizar la libertad¹⁹. En tal sentido, el constitucionalismo de aquella época efectúa un posicionamiento claro en favor de la libertad del individuo.

La tercera etapa que reseña Valera Suances, se origina en 1814 y termina en 1917, en dicho lapso de tiempo se desarrolla el Estado Constitucional. Mientras en Norteamérica predominaba la Constitución como instrumento y medio jurídico, dicha postura era distinta en Europa, donde se permitió que la ley se imponga a la Constitución. De ello, podemos recoger algunos ejemplos como la Carta francesa de 1814 y 1830 y la Constitución de Bélgica de 1830. El concepto de Constitución surgido a fines del siglo XVIII va ser cambiado en Europa continental sufriendo “*un fuerte embate por la derecha y por la izquierda*”, como bien señala Eduardo García de Enterría. En el caso de la derecha “es la obra de las Monarquías restauradas que suceden a la ruptura impuesta en todo el Continente por los ejércitos de Napoleón”, que otorga cartas

¹⁸ **SIEYÈS, E.J.**, ¿Qué es el tercer Estado?: ensayo sobre los privilegios, Madrid, Alianza, 1989, p. 37.

¹⁹ **BLANCO VALDES, Roberto**, La Constitución de 1978, Alianza, Madrid, 2003, p. 15.

constitucionales; por la izquierda se intenta hacer la reducción “de la norma constitucional formal a la estructura de poder real que la subyace y la soporta y de la que aquélla no sería más que un enmascaramiento convencional” (es la mera hoja de papel de Lasalle)²⁰.

Posterior a ello y como una cuarta etapa, es la iniciada con la Revolución soviética y finalizada en 1939. En dicho periodo podemos observar la caída del Estado liberal y el resurgimiento del Estado Social, como también, el fortalecimiento de la academia en la formulación de textos constitucionales. La influencia académica es importante, destacando la participación de Hugo Preuss, Kelsen o Posada, al igual que los textos constitucionales tales como el mexicano de 1917, el alemán de 1919, el austriaco de 1920 y el español de 1931 son referentes históricos, siendo los dos últimos quienes instauran la figura de un tribunal encargado de controlar la constitucionalidad, lo cual, enmarca un cambio en razón a la percepción de Constitución en el viejo continente.

Los textos constitucionales posteriores a los cuatro periodos citados, en especial aquellos posteriores a la II Guerra Mundial, parten de las fuentes originarias de finales del siglo XVIII; entendiendo sólo como Constitución aquel documento que tiene cierto contenido, que en esencia resume los derechos y libertades y el principio de separación de poderes, siendo la novedad y requerimiento indispensable la presencia de principios pétreos, como la existencia de un sistema democrático, participación y pluralismo, al margen de derechos y equilibrio de poderes.

1.2. Tipos de Constitución

La doctrina ha establecido diversas variables para clasificar a las constituciones, reconociendo diversos tipos, lo cual ha generado que existan tipologías las mismas que analizaremos en forma sucinta.

²⁰ **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1991, p. 41-42. Estos dos embates “son decisivos, hasta el punto de que en Europa continental va a perderse, con alguna excepción, el sentido genuino de Constitución durante casi todo el siglo XIX”

Encontraremos las constituciones en *sentido formal* y Constitución en *sentido material*. Los rasgos externos, el procedimiento de elaboración y el *nomen iuris*, definen a una Constitución en *sentido formal*. En el caso del sentido material, conlleva a reconocer una Constitución en razón a su contenido, siendo este un factor importante²¹.

Pero es impostergable el mencionar a Loewenstein cuando hace la diferencia entre los tres sentidos de la Constitución, normativo, nominal y semántico²², siendo ello importante al momento de contrastar la carta fundamental con la realidad. La *Constitución normativa* es aquella que está en concordancia con la realidad del proceso del poder: “sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ella”²³. La *Constitución nominal*, es aquella que se da en un sistema donde el proceso político no se adapta a sus normas, ello, a razón que los presupuestos sociales y económicos existentes no son suficientes para concordar las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La Constitución semántica, es aplicable en beneficio de los detentadores de poder fáctico. Como bien señala Loewenstein, la clasificación de una Constitución como normativa, nominal o semántica “no podrá ser hecha a partir del texto”, sino que resulta necesario “en cada caso adentrarse en la realidad del proceso del poder”²⁴.

Dentro de la misma línea otra clasificación de los textos constitucionales es en razón al carácter escrito. En tal sentido, encontramos las *constituciones escritas* y las *constituciones no escritas*. Los primeros textos constitucionales responden a la tradición continental, la misma que exige la existencia de un documento que plasme la Constitución, de tal manera que el documento y la Constitución coincidan, lo cual provoca que

²¹MORTATI, Constantino, La Constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 132.

²²LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, 1986, p. 216 y ss.

²³Ibidem, p. 217.

²⁴Ibidem, p. 219.

su existencia sea de origen temporal. La Constitución no escrita, responde a la tradición inglesa, donde las normas de índole constitucional no están recogidas en un nuevo texto sistemático.

Entre tanto la clásica distinción entre *Constitución rígida* y *Constitución flexible* ha perdido sentido ya que el principio de supremacía constitucional exige que el texto constitucional sea rígido, que presente un procedimiento dificultoso de reforma, caso contrario la supremacía constitucional se resquebrajaría. Cabe recordar que los principios de supremacía constitucional conjuntamente con el principio de democracia del Estado Constitucional, no pueden ser meramente enumerativos, sino que deben de tener consecuencias.

En el caso del principio de supremacía constitucional, el mismo que es la base del Estado Constitucional, no puede tener relevancia teórica, sino que debe general efectos prácticos, los mismos que se encuentran en el control de constitucionalidad y el procedimiento de reforma constitucional. En razón al control constitucional, no puede permitirse que una norma de menor jerarquía sea contraria o impuesta por encima de la Constitución, en tal caso, se hace necesario implementar un mecanismo que proceda a eliminar o inaplicar esas normas. En ese orden de ideas, si la Constitución es efectivamente suprema, el procedimiento de su reforma debe ser complejo, en ese sentido, debe ser difícil reformar la Constitución que cualquier otra ley del ordenamiento jurídico de un Estado. El texto constitucional merece una tratativa distinta a una ley ordinaria, con un procedimiento cualificado que explicita que carta fundamental ocupa la cúspide y el centro del ordenamiento normativo existente. Expresado ya los presupuestos de la clásica distinción entre constituciones rígidas y flexibles es preciso denostar su inoperatividad, como bien señala Loewenstein, “completamente superada” en la actualidad²⁵. Una Constitución si es realmente Constitucional, tiene que ser siempre rígida.

²⁵LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, ob. cit. p. 177.

Una postura general que existe en la doctrina destaca que la “introducción de una cláusula especial de reforma no convierte a la Constitución en norma superior, considerando que rigidez constitucional y jerarquía son cosas distintas”²⁶. La superioridad de la Constitución sobre las demás normas se denota, cuando el ordenamiento reconoce como nula a aquella norma que contravenga el texto constitucional, siendo necesario para ello, el mecanismo de la rigidez, mediante el cual se impide al legislador ordinario reformar la Constitución, siguiendo el mismo procedimiento legislativo²⁷.

1.3. Características de la Constitución

A medida que ha evolucionado el Estado, los textos constitucionales lo han hecho en la misma medida, conllevando a que la Constitución no sea un mero conjunto de principios políticos que sirven para regular la vida de la sociedad y su ordenamiento de poderes públicos, sino que, los actuales textos constitucionales, las posturas doctrinales²⁸ mayoritarias corroboran el carácter normativo de la Constitución, conllevando a que sea una verdadera norma jurídica y no una sucesión de principios dogmáticos.

La Constitución no sólo es norma jurídica, sino que también es la norma *fundamental y suprema* del ordenamiento normativo. Como bien señala Blanco Váldes la “idea de superioridad de la Constitución, es asociada desde el momento de su nacimiento al concepto de Constitución, expresa esa peculiaridad formal (procedimental) de un código escrito, ordenado y sistemático, cuya vocación es la de imponerse a todas y cada una de las normas a cuyo través se va a expresar la voluntad del órgano encargado de ejercer la función legislativa del Estado: el Parlamento”²⁹.

²⁶**VARELA SUANCES, Joaquín; PACE, Alessandro**, La rigidez de las constituciones escritas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 113

²⁷*Ibidem*.

²⁸Con relación a la Constitución Española, el profesor **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, señala que toda Constitución tiene valor normativo inmediato y directo. Dicha postura tuvo éxito, pero existieron voces discrepantes, como las de **ATIENZA, Manuel** y **RUIZ MANERO, Juan**, La regla de reconocimiento y valor normativo de la Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 47, 1996, p. 32

²⁹**BLANCO VALDES, Roberto**, La Constitución de 1978, Ob. cit., p.17.

De lo visto entonces podemos señalar que la idea de que la Constitución es la norma fundamental, deviene a que se convierte en la base jurídica y axiológica de la que parte el ordenamiento jurídico, mientras que la noción de supremacía constitucional, da lugar a que la Constitución ocupa el lugar principal del ordenamiento jurídico del Estado. Cabe recordar que el principio de supremacía constitucional es uno de los dos pilares del Estado Constitucional como bien señala el profesor español Pedro De Vega, siendo el segundo el principio de democracia³⁰.

Además de lo señalado, debemos recordar también que la Constitución es la norma *fundamentadora* del ordenamiento jurídico, no sólo fundamenta el sistema proporcionando los cimientos sobre los cuales se levanta, sino que también actúa como el centro del mismo. Es importante que la Constitución sea el centro del ordenamiento jurídico, ello, porque al enrumbar las normas que puedan ser emitidas, señala los parámetros sobre los cuales deban transitar las mismas, generando así que no existan conflictos normativos o se disperse la voluntad del legislador. En tal sentido, el operador jurídico está más vinculado a la Constitución que a las normas de menor rango.

Al margen de las consideraciones técnico-jurídicas que podamos desarrollar, cabe recordar también que la Constitución es un producto *cultural*, la misma que se sitúa en un contexto temporal y espacial determinado, ello conlleva a las diferencias en la carta fundamental, pese a que las mismas pertenezcan al mismo país o el mismo continente. Dicho factor conlleva a que la cultura constitucional, en suma, posibilita el rol integrador de la Constitución y su estructura de inclusión social³¹. Esto

³⁰ **DE VEGA GARCIA, Pedro**, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 16 y ss.

³¹ Sobre esta vinculación entre Constitución y cultura constitucional puede verse **HABERLE, Peter**, Verfassungsbegriffe als Kulturwissenschaft, Dunker und Humblot, Berlin, 1982 (en castellano, Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Tecnos, Madrid, 2000); **CRUZ VILLALON, Pedro**, Constitución y cultura constitucional, Revista de Occidente, núm. 211, 1998, pp. 11 y ss.; **RUIZ MIGUEL, Carlos**, El constitucionalismo cultural, Cuestiones constitucionales, N° 9, 2003, pp. 201 y ss.

le permite constituir a la comunidad conforme a los valores de la misma e integrarse en ella para que nazca la “normalidad constitucional”.

II. Los Derechos Fundamentales

Es innegable en nuestros tiempos hablar de los derechos fundamentales y más que ello, que los mismos estén contemplados en las constituciones de los Estados en forma desarrollada. Y es que los derechos fundamentales han crecido, dado que la teoría ha evolucionado a pasos grandes en los últimos años, dejando lejos aquella perspectiva inicial dada después de la Segunda Guerra Mundial, la cual sirvió para la dación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, luego en los años 60’ vinieron los pactos de derechos y su especialización, llegando a fin de siglo XX e inicios del presente donde vemos que la noción de derechos fundamentales se ha extendido a todos los cuerpos normativos que son expedidos por los Estados, a las normas de rango legal e infralegal, lo cual, denota no solo su evolución sino también su relevancia.

2.1. Cuestión filosófica de los derechos fundamentales

De las diversas corrientes existentes, podemos destacar las dos más seguidas que son la positivista legalista y la propia del iusnaturalismo.

La corriente positivista legalista tiene como su principal impulsador al profesor español Gregorio Peces-Barba Martínez, quien sustenta la idea que el origen de los derechos fundamentales son las fuentes del ordenamiento jurídico-positivo, conllevando ello a que “su fundamento último, como Derecho y no como valores, será la voluntad popular a través de su participación en los órganos del Estado³²”, haciendo hincapié en “la función del juez en la creación de los derechos fundamentales”³³. Para esta escuela, sólo es Derecho aquello que viene recogido en las

³² **PECES-BARBA, Gregorio**, Derechos Fundamentales, Guadiana de Publicaciones, Madrid, 1973, p. 174.

³³ *Ibidem*, p. 193

leyes, y, en particular, derechos fundamentales los reconocidos y amparados por una norma positiva.

Dicha posición ha sido discutida en la academia, sobre ello, podemos recoger los cuestionamientos realizados por el profesor Antonio Fernández Galiano³⁴, quien señala:

- a) La negación a reconocer los derechos como anteriores al Estado nos lleva a preguntarnos ¿Cómo existió el derecho de resistencia que, desde tiempos escolásticos se reconoce a los súbditos de un Estado tiránico?
- b) No es concebible admitir que los llamados derechos fundamentales, dependan de la existencia de las normas que quieran otorgarlos o reconocerlos, de ser así se corre el riesgo que el legislador convierta su función en actos de voluntad o posiciones autoritarias³⁵.

Pero contraria a las posiciones descritas por Peces-Barba, encontramos en forma más acertada la tesis iusnaturalista propulsada por profesores como Oscar Sánchez de la Torre³⁶, Antonio Pérez Luño³⁷, Manuel Montoro Balleresteros³⁸ y otros, quienes postulan que los derechos fundamentales constituyen una dotación jurídica básica igual para todas

³⁴ **FERNANDEZ-GALIANO, Antonio**, Derecho Natural. Introducción al Derecho, Madrid, 1983, pp. 164 ss.

³⁵ **FERNANDEZ-GALIANO, Antonio**, Ob. Cit., p. 166.

³⁶ **SANCHEZ DE LA TORRE, Oscar**, Comentario al Fuero de los Españoles (Teoría Jurídica de los Derechos Humanos IV), IEP, Madrid, 1975, pp. 3-57.

³⁷ **PEREZ LUÑO, Antonio**, En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, en Revista de Ciencias Sociales, N° 41, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Valparaíso, Chile, 1996, pp. 241 y ss.

³⁸ **MONTORNO BALLERESTEROS, Manuel**, Para este autor, existen "unos valores éticos objetivos, cuya validez no depende de la voluntad de nadie, y cuyos contenidos puede conocer racionalmente el hombre, desde los supuestos de su específico horizonte histórico-cultural. Esos contenidos han sido desarrollados y concretados, en el Derecho positivo, fundamentalmente en los textos constitucionales, bajo las ideas de valores superiores ordenamiento jurídico y derecho y libertades fundamentales de la persona. Esos valores superiores y esos derechos y libertades fundamentales, junto con los valores éticos objetivos que los fundamentan y de los que ellos son desarrollo y concreción histórica, constituyen el marco dentro del cual deben desenvolverse las decisiones mayoritarias y, al mismo tiempo, el límite al que deben ajustarse en todo momento so pena de incurrir en ilegitimidad". Sistema de Teoría Fundamental del Derecho, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.305.

las personas, dado que todos por igual tienen naturaleza humana, frente a lo que ocurre con los otros derechos, que cada persona los ostentará o no según las circunstancias en que se encuentre.

Bajo las consideraciones señaladas, el Estado tiene la obligación de reconocer la existencia de los derechos fundamentales y de incorporarlos en los textos constitucionales, garantizar su ejercicio, para ello se hace necesario regular su ejercicio estableciendo sus límites, como el respeto a los derechos de los demás, el orden público y el bien común.

Lo señalado anteriormente a conlleva a que podamos percibir los derechos fundamentales como los derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto, es decir son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La tarea de proteger los Derechos Fundamentales representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos. El bienestar común supone que el poder público debe hacer todo lo necesario para que, de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación.

2.2. Los Derechos Fundamentales en los textos constitucionales

La percepción de los derechos fundamentales en la sociedad es similar a la relación entre los hombres, se compenetra con la Constitución en la medida que ésta constituye un elemento individualizador y calificador, ello, responde a la existencia de las garantías constitucionales³⁹.

³⁹ Sobre este tema el maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio, señala que las garantías constitucionales son "... los medios jurídicos predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder". Cfr. La Constitución y su defensa, México, UNAM, 1984, pp. 17-18. Propiamente los mecanismos de tutela y eficacia de los derechos fundamentales, son instrumentos de carácter procesal previstos en la propia Constitución y que, "... pueden agruparse dentro de la institución que el procesalista Mauro Cappelletti ha calificado de manera afortunada como jurisdicción constitucional de la libertad", véase Fix-Zamudio, Héctor, "La jurisdicción constitucional de la libertad", La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, Civitas, 1982, p. 34.

En los textos constitucionales del siglo XVIII, se percibe la postura que los derechos del hombre son asumidos como preexistentes a la Constitución y como tales a ésta se imponen y no pueden ser reducidos, ni modificados y, por el otro, se recurre al pacto social precisamente en función de los mismos. En referencia podemos citar la Declaración Francesa de 1789, la que es antecedente de la Constitución de 1791, texto donde se aprecia que los derechos son definidos como naturales, inalienables y sagrados del hombre.

En los textos constitucionales del siglo XIX podemos apreciar que no se prioriza los derechos fundamentales como patrón general, lo cual, no significa que no sean reconocidos, sino que son considerados como implícitos en protección constitucional y las medidas satisfactorias para los mismos contempladas en las constituciones. La tutela de los derechos y libertades de la persona fueron considerados por la influencia de Montesquieu como respuesta a la limitación del poder y propuesta de división del mismo. La percepción de la Constitución partió de su protección a los derechos como respuesta a la limitación del poder, priorizando la libertad política de los individuos⁴⁰.

En el caso de los textos constitucionales del siglo XX, cabe destacar que en la mayoría de los sistemas jurídicos, la protección y el reconocimiento de derechos fundamentales y libertades se han convertido en parte medular de las mismas⁴¹, cambiando la perspectiva de limitar el alcance del texto constitucional a la separación de poderes entre Estado-sociedad; a una perspectiva donde la Constitución es una garantía de derechos y libertades, los mismos que se encuentran protegidos por el Estado, siendo ello así, porque toda Constitución contiene dos dimensiones, una política y otra social (Hauriou), predominando la parte social en la

⁴⁰ **ROUSSEAU, Dominique**, *La notion de constitution, Revue du Droit Public et de la science politique*, París, N° 1, 1990, p. 7.

⁴¹ Esencialmente se considera como el paradigma la Constitución de Weimar de 1919, en cuya parte II, artículos 109 a 134, se contiene una sistemática catalogación de los derechos y deberes de los alemanes.

actualidad, considerando además la pluridimensionalidad o multifuncionalidad de los derechos fundamentales.

2.3. Relación de los Derechos Fundamentales y Constitución

El rol que cumplen los derechos fundamentales en la Constitución lo podemos resumir de la siguiente forma:

- a) Son un fin en sí mismo, desde una perspectiva abstracta los derechos fundamentales, considerando que son expresión de la dignidad humana, siendo funcionales de manera limitada.
- b) Son esenciales en las constituciones, dependiendo su materialización de los principios estructurales de la Constitución, de quienes adquieren realidad y efectividad.
- c) Los derechos fundamentales vinculan a los operadores jurídicos, a los individuos mismos, convirtiéndose en elementos normativos que rigen la Constitución, la legislación, la administración y la jurisdicción⁴².
- d) Los derechos fundamentales representan un sistema de valores concretos, un sistema cultural de un Estado, el sentido de una nación contenida en una Constitución. Como voluntad
- e) de integración desde la perspectiva política; mientras que como legitimación del orden positivo estatal y jurídico desde la perspectiva eminentemente jurídica, conllevando ello a que los derechos fundamentales, sean parte de un sistema axiológico, que sirva de validez como decisión jurídico-constitucional en todos los sectores del derecho⁴³.

⁴² **SMEND, Rudolf**, Constitución y derecho constitucional, Madrid, CEC, 1985, p. 231.

⁴³ **SCHNEIDER, Hans Peter**, Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático, Revista de Derecho Político, Madrid, CEC, N° 7, 1979, (nueva época), p. 25.

III. Interpretación Constitucional

3.1. Consideraciones iniciales sobre la interpretación constitucional

La tarea de interpretar las normas jurídicas implica otorgarles un sentido, en el caso de la Constitución, u interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella, se busca dar sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país⁴⁴. Adicional a ello, cabe recordar que al ser la Constitución la norma de mayor jerarquía del ordenamiento normativo nacional, su interpretación condiciona la vigencia de las normas de inferior jerarquía, las mismas que quedarían expropiadas del ordenamiento jurídico debido a su inconstitucionalidad.

Al ser el texto constitucional el objeto principal de la hermenéutica, es importante tener en claro que es la Constitución, pues al tener claro tal condición, resulta posible identificar las concordancias metodológicas-jurídicas, entre el parámetro de control constitucional y los métodos interpretativos que se dese implementar, considerando que el método interpretativo no crea al objeto a ser interpretado, sino que, debe adecuarse a él. En tal sentido, la tarea interpretativa cobra relevancia, pues de su resultado se advierte el amparo constitucional a una situación o derecho concreto.

Los mecanismos de interpretación han ido evolucionando con el tiempo. La interpretación de carácter histórico era utilizada para conocer la voluntad del poder constituyente no pudiendo ser utilizada en forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos. Ello es relevante, dada la postura asumida en los tribunales de justicia, los mismos que en

⁴⁴ **RUDZINSKY, Javier**, Interpretación Constitucional, Véase:
<http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/rudzinsky.pdf>

algunas oportunidades minimizan el contenido de la norma “para resaltar lo que quisieron decir sus autores”⁴⁵, privilegiando la supuesta *tas legis* por encima del propio texto, conllevando ello a permitir excesos y arbitrariedades en la interpretación de la Constitución y de las leyes. En tal sentido, de ninguna forma se puede sustituir la letra de la ley (o de la Constitución) por el supuesto significado del “*espíritu*” de la norma o por la intención que pudieran tener sus autores.

La tarea de interpretación adquiere mayor relevancia cuando se trata de la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales que la carta constitucional garantiza a los ciudadanos. La posición preferente que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales (*preferred freedom*), obliga al intérprete constitucional a protegerlos, más aún, al tratarse de colisión de derechos fundamentales donde tenga que preferirse uno de ellos, luego de realizar una adecuada ponderación de los mismos.

El desarrollo de los Estados Democráticos tiene como uno de sus elementos a la interpretación constitucional, ello, porque se da mayor protección a los derechos fundamentales, principios y garantías. La evolución social y la percepción de determinadas situaciones ha generado nuevos conceptos de aplicación del Derecho, la igualdad exige un razonamiento del juez, que comprenda una amplia garantía de los derechos, lo que supone una evolución en la interpretación constitucional y por consiguiente una ampliación en el concepto de Derecho⁴⁶.

Las normas constitucionales resultan “*en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, lo cual conlleva a que parezca evidente que en muchos casos sus prescripciones aparecen como estándares débiles o simples razones para decidir cuyo peso es diferente*

⁴⁵ **GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo**, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1982, pp. 45-49.

⁴⁶ **FIX ZAMUDIO, Héctor**, La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales, Ed. Civitas. S.A., Madrid, 1982, pp. 102-103.

*en cada caso*⁴⁷, en ese sentido Michele Taruffo destaca la necesidad de recurrir a la aplicación de estándares o valores extrajurídicos en la interpretación constitucional, más allá de los que suministra el propio ordenamiento positivo, lo cual se condice con lo señalada por Hesse *“precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución, es lo que debe ser interpretado”*⁴⁸.

3.2. Evolución de la interpretación constitucional

Pese a que los textos constitucionales aparecieron a finales del siglo XVIII y principios del XIX, los primeros estudios de su interpretación se desarrollaron ha mediado del presente siglo. Los países europeos como Italia, España y Alemania, cuentan con múltiples estudios sobre interpretación constitucional a diferencia de los tratadistas latinoamericanos.

En el ámbito jurisprudencial, podemos mencionar como referente a Estados Unidos, el caso celebre que se cita como excepcional es la célebre sentencia del juez John Marshall, en el caso *Marbury vs. Madisson* de 1803, que marcó un hito en el derecho, no existiendo en el siglo XIX algo resonante y orgánico que en forma ordenada y metódica desarrolle la interpretación constitucional, encontrándose sólo pronunciamientos aislados. Europa continental tiene similar deficiencia jurisprudencial en razón a casos emblemáticos de interpretación constitucional, podemos encontrar como un antecedente importante a Santi Romano (1899), quien llama la atención sobre la peculiaridad del proceso interpretativo en el Derecho Público⁴⁹.

⁴⁷ Cfr., La caracterización que hace **R. WORKIN**, Los principios en los Derechos en serio, traducción de M. Gustavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72 y ss.

⁴⁸ **HESSE, Konrad**, Escritos de Derecho Constitucional, Trad. de Pedro Cruz Villalón, C.E.C. Madrid, 1983, p. 43.

⁴⁹ **GARCIA BELAUNDE, Domingo**, La interpretación constitucional como problema, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 86, Madrid, 1994, p. 12.

En esa línea de ideas, encontramos lo señalado por el profesor español Antonio Pérez- Luño, quien escribía:

“no deja de suscitar cierta complejidad comprobar la escasa atención que la merecido en la teoría jurídica el tema de la interpretación constitucional, en la relación con el interés que ha promovido la actividad interpretativa en otros sectores del ordenamiento jurídico, particularmente en el ámbito del Derecho privado, pese a la mayor trascendencia que, sin lugar a dudas, reviste la interpretación constitucional”⁵⁰.

El profesor peruano García Belaunde, señala que en el Perú la interpretación constitucional fue un tema nuevo en el siglo pasado, el mismo que fue desarrollado inicialmente por profesores de Derecho Civil y Filosofía del Derecho, donde podemos encontrar trabajos de Mariano Iberico⁵¹ y de Francisco Miro Quesada⁵², pero el primer trabajo a nivel constitucional fue el presentado por Aníbal Quiroga León⁵³, quien desarrolla postulados de Konrad Hesse en su texto.

3.3. La teoría de la Interpretación Constitucional

La interpretación jurídica es la técnica, método o forma, mediante la cual se asigna significado a los textos normativos, utilizando para tal caso, los métodos o criterios aceptados por la comunidad jurídica, siendo los clásicos: literal, ratio legis, sistemático, histórico, sociológico, etc. En la teoría de la interpretación, se tiene como principio que los textos legales no tiene un significado unívoco, por el contrario, pueden contemplar diversos significados, los mismos que se desprenden de los diversos métodos de interpretación.

⁵⁰ **PEREZ LUÑO, Antonio**, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 250.

⁵¹ **IBERICO, Mariano**, Principios de Lógica Jurídica, Lima, 1944, reimpreso en *Ius et praxis*, N° 16, 1990.

⁵² **MIRO QUESADA, Francisco**, El formalismo y las ciencias normativas, en *Diánoia*, N° 2, Lima, 1956, p. 23.

⁵³ **QUIROGA LEON, Aníbal**, La interpretación constitucional, en revista *Derecho*, Lima, N° 39, 1985, p. 43.

La interpretación jurídica conforme señala Rodolfo Luís Vigo:

“tiene por objeto reconocer o atribuir un significado jurídico a cierto texto jurídico (conductas, palabras y otros signos). La interpretación es una forma científica o técnica de conocer el significado de las palabras empleadas por la Ley, sino que es práctica dado que busca resolver un caso buscando justicia”⁵⁴.

En la misma línea se manifiesta Robert Alexy⁵⁵ quien señala que “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico, por cuanto se trata de la corrección de los enunciados normativos”. De la misma forma Carlos Nino, afirma que el razonamiento del interprete es un razonamiento práctico, o mejor aún, un razonamiento justificatorio, el mismo que se plasma en condiciones valorativas o normativas que evalúa, fundamenta en cierto sentido a una acción.

Es importante destacar la interpretación jurídica como antecedente de la interpretación constitucional, al considerar que las bases que han desarrollado la misma, han servido como elementos para resolver controversias ordinarias, pero se han mostrado poco eficientes afrontados conflictos de carácter constitucional debido a su particular naturaleza.

En ese sentido, si nos hallamos frente a controversias constitucionales complejas, como las referidas por Atienza, no resulta adecuado recurrir a la simple lógica jurídica o a la argumentación jurídica estándar u ordinaria, debiéndose recurrir a la interpretación constitucional, cuyas reglas interpretativas son adecuadas para solventar las controversias constitucionales, más aun si se tiene en cuenta el carácter de norma principio de la Constitución. Para García de Enterría⁵⁶, la relevancia de las constituciones reside en su capacidad de configurar la estructura del

⁵⁴**VIGO, Rodolfo Luís**, Interpretación constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p.14.

⁵⁵**ROBERT, Alexy**, Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 34.

⁵⁶**GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 264.

poder estatal, limitando su ejercicio, reconociendo y garantizando un catálogo de derechos fundamentales, así como la visión de la sociedad y las obligaciones del estado frente a ella.

3.4. El objeto y propósito de las teorías de interpretación

El Derecho es sin duda el objeto de la interpretación. No obstante, el fin inmediato se circunscribe al descubrimiento del significado de determinada disposición normativa⁵⁷. El identificar el “sentido propio” se convierte en la meta de la interpretación, considerando que si bien pueden existir diversos métodos de interpretación que desprendan contenidos diversos, estos no estarán lejos del “sentido propio” del Derecho.

El elemento subjetivo de la interpretación ha polarizado la discusión entre los militantes del intelectualismo y el voluntarismo, los primeros reducen la actividad interpretativa al ejercicio lógico orientado a develar el sentido de la disposición jurídica, mientras que llamados voluntaristas *quienes* consideran que la actividad interpretativa no se agota en ello e implica una labor compleja creativa del derecho en la que el juez asume un papel preponderante facultado con amplios parámetros de libertad.⁵⁸

Entre los principales propulsores de la corriente voluntarista se encuentra el conocido jurista Hans Kelsen⁵⁹, quien define la interpretación como un acto creacionista, vinculado a la voluntad, en el sentido que mediante la creación normativa derivada de la interpretación, se pretende superar la insuficiencia del marco normativo a fin de resolver determinado caso.

⁵⁷ **ENNECCERUS, Ludwig**, Tratado de Derecho Civil, Tomo I., Cada editorial Bosch, Tratado de la 39° edición alemana, Barcelona, España, 1953. Cita tomada de **GARCIA BELAUNDE, Domingo**, La interpretación constitucional como problema, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 86, 1994, Madrid, p. 161.

⁵⁸ **GARCIA BELAUNDE, Domingo**, La interpretación constitucional como problema, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 86, 1994, Madrid, p. 163.

⁵⁹ **KELSEN, Hans**, Teoría pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Decimoctava edición, Buenos Aires, 1982, p. 110.

Al respecto, podemos denotar lo dicho por Ariel Álvarez Gardiol, quien señala:

“El célebre debate entre intelectualistas y voluntaristas no ha agotado – a mi juicio- ni con mucho, la intrincada madeja de elementos que se mueven alrededor de este complejo problema. Ni la interpretación es un proceso que se agota en una mera tarea de intelección del sentido de una norma, colocada allí para que el intérprete valore su significado, ni tampoco puede considerarla mero acto de voluntad del interprete que decide a su arbitrio, el significado correcto para el caso”.

Algo que no podemos negar en ambas posiciones, la interpretación se funda en aplicar el Derecho a un hecho concreto, lo cual, facilita la labor de los administradores de justicia, quienes deben encontrar resultado en la confrontación de la norma con el caso en particular, siendo necesario un adecuado método de interpretación para su verificación.

3.5. La interpretación de los derechos fundamentales

Como lo hemos visto en puntos precedentes, durante el pasar de los años y más aún en el siglo XX, en muchos países se fueron instaurando principios de interpretación constitucionales, los mismos que han repercutido en la percepción de los derechos fundamentales, siendo que dichos principios han ido más allá de la interpretación literal y que han alcanzado valores que se encuentran reconocidos, incorporados y comprendido en el propio sistema constitucional⁶⁰.

Desde una perspectiva general de los derechos humanos llevada a los derechos fundamentales, se ha ido generando diversos principios de interpretación que han servido para hacer más efectivos los derechos fundamentales, sin perjuicio que dichos principios hayan sido recogidos en los textos constitucionales o convencionales, pero que dada su

⁶⁰SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, Lo esencial en la supremacía de la Constitución, Revista de Derecho Público, núm. 47-48, enero-diciembre de 1990, pp. 87-95.

trascendencia los Estados los han recogido e internalizado dentro de su praxis legal.

La aplicación de principios y su repercusión dentro de una jurisdicción determinada, es lo que conocemos con la regla de autonomía de los principios de interpretación de derechos que cuenta cada Estado. Es así, que la interpretación de la ley y de la Constitución -en el orden estatal- y la interpretación de los tratados internacionales -en el orden internacional- se encontrarían en un mismo nivel de análisis, relativo a la fuente formal. En cambio, la interpretación de los derechos fundamentales respondería a una categoría analítica distinta de la anterior, donde la fuente formal que contiene el derecho no sería el elemento determinante de la interpretación. Este trabajo pretende concentrarse en el examen de este tipo de principios de interpretación⁶¹.

En base a lo señalado, es que nos enfocamos en algunos principios que han sido utilizados por los Estado, tales como el principio de interpretación pro homine, el principio de interpretación relativa a la protección práctica y efectiva y no teórica o ilusionaría, el principio de interpretación expansiva de los derechos, los mismo que ha conllevado a una mutación de los elementos que son fundantes de los derechos, generando un impacto positivo en el derecho público.

Es innegable que existen nuevos principios de interpretación que se han desarrollado, debido a los cambios de paradigmas jurídicos, los mismos que no se manifiestan en la interpretación legal e interpretación constitucional, las mismas que se manifiestan en el lenguaje jurídico contenido en un texto normativo, sino que dichas perspectivas se manifiestan al momento de enfrentar la interpretación de los derechos fundamentales con los valores sociales existente en un ordenamiento

⁶¹ **AGUILAR CARVALLO, Gonzalo**, Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol.49, Nro.146 México may./ago. 2016.
Véase: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000200013

jurídico. En dicha situación el lenguaje textual y jurídico, dejaría de ser lo central y relevante y el significado del contenido material del enunciado pasaría a ser lo relevante.

CAPITULO III

LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS MECANISMOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La tarea de interpretar la Constitución es una tarea que guarda relación inicialmente por el concepto que se posea de Constitución, luego a ello, se suma la intencionalidad que el intérprete pueda dar de la misma a efecto de llegar a la intención del legislador. La interpretación de la Constitución también se alimenta de la presencia de valores y principios de carácter general que obran en ella, los cuales, se configuran como principios materiales que vinculan a todos los poderes públicos y se imponen en primer término al legislador y son, además, aquellos que sirven a los interpretes cualificados de la Constitución, -el legislador y el Tribunal Constitucional- de elementos fundamentales en su tarea interpretativa.

I. La Interpretación Constitucional

1.1. Concepto de interpretación

La Constitución como cuerpo jurídico es un texto escrito conformado por oraciones y palabras que en su individualidad y conjunto expresan algo. Al momento de leer la Constitución, el lector se verá tentado a extraer el significado y contenido de cada palabra, desarrollando así una tarea de interpretación. En tal sentido, es necesario definir el término “interpretación” para lo cual, siguiendo a *Zabregelsky*, el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados⁶². En tal sentido, la “interpretación” puede referirse, en realidad, tanto al proceso interpretativo como al resultado del mismo.

⁶² **G. ZAGREBELSKY**, La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución, en A. López Pina, División de poderes e interpretación, Tecnos, Madrid, 1987, p. 161.

Es innegable que la Constitución es un cuerpo jurídico, su dualidad con lo político, no merma dicha condición, por lo que, en su tarea interpretativa pueden participar peculiaridades de la interpretación jurídica, entendiendo que la tarea “interpretativa” es igual a todos los procesos donde se trata de descifrar el significado de un texto lingüístico, pero con la relevancia que los textos jurídicos contienen normas, en tal sentido el “significado” a extraer del enunciado lingüístico es una norma jurídica, la misma que puede contener un mandato o prohibición sobre poderes públicos o ciudadanos y que también contiene sanciones en caso de incumplir los mismos.

En la interpretación jurídica el “*significante*” es la disposición y el “*significado*” es la norma. Para entender dicho precepto resulta vital la diferencia anotada por Guastini⁶³, quien entiende por “*disposición*” cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo, del discurso de las fuentes y “*norma*”, que sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito a una o varias disposiciones o fragmento de ellas. En tal sentido, interpretar un texto jurídico es atribuirle un sentido o significado normativo, hallar o descifrar la norma que deriva del mismo. *Contrario sensu* podríamos decir también, que no hay norma sin previa actividad interpretativa, de igual forma no existe una disposición si no nos referimos al resultado del proceso interpretativo. En ese orden de ideas, para Guastini las disposiciones constituyen su objeto y las normas su resultado.

Pero la tarea interpretativa también conlleva a “descubrir” la norma preexistente derivada del enunciado normativo, como bien señala Wroblewski a “atribuir” a dicho enunciado un significado normativo⁶⁴. En dicha perspectiva, se busca determinar si el proceso interpretativo es o no creativo, lo que, en caso afirmativo puede generar la creación de nuevo

⁶³ R. GUASTINI, La fuente del Derecho y la interpretación, Giuffrè, Milán, 1993, p. 118.

⁶⁴ J. WROBLEWSKI, J., Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, trad. de Arantxa Azurza, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985 (reimp. 1988), p. 17 y ss.

Derecho, siempre y cuando el encargado de realizar la interpretación tenga potestad vinculante en su decisión frente a terceros. Sobre lo señalado, debemos recordar si bien la función interpretadora puede generar Derecho, esta debe ser realizada por Tribunales que se sitúen como órganos finales en la jurisdicción judicial, considerando también, que sólo podría darse la interpretación sólo cuando hay realmente duda en el sentido que ha de atribuírsele a un enunciado normativo, conforme reza el aforismo *“in claris non fit interpretatio”*.

Pero no podemos cerrar la puerta a que la interpretación también puede ser utilizada para elucidar de mayor forma conceptos claros, en tal sentido, la interpretación alberga en sentido amplio (casos “claros”), y en sentido estricto comprende sólo a los supuestos dudosos.

1.2. La interpretación Constitucional

Al igual que cualquier norma la Constitución también puede ser interpretada, pero cabe recordar, las características peculiares que esta tiene (rango, contenido, alcance y finalidad), conlleva a que los mecanismos de su interpretación tengan características peculiares, que deben aproximarse a su objetivo⁶⁵.

A nuestra consideración, podemos señalar que los criterios propios de la interpretación jurídica, son aplicables a la interpretación constitucional, pero en sí mismos son insuficientes y necesitan complementarse con criterios propios, en tal sentido la interpretación constitucional encuentra su fundamento y marca diferencia con la interpretación jurídica, si bien no es un proceso distinto, si tiene particularidades propias que los diferencian y se identifican con claridad.

⁶⁵ **CANOSA USERA, R.**, Interpretación Constitucional y formula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

1.3. La Constitución como norma peculiar en su proceso interpretativo

Para poder identificar peculiaridades en un cuerpo normativo, es importante identificar su objeto como bien señala el profesor español Pérez Royo⁶⁶, quien destaca que:

“la Constitución posee una estructura normativa diferente a la Ley, ya que, a diferencia de ésta, la Constitución es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales y cuya estructura no supone habitualmente la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas. En general la Constitución es más bien el cauce, el marco, el límite a la actuación de particulares y poderes públicos y en especial al legislador”.

Lo señalado por el citado profesor español debe ser considerado con reparos, considerando que la Constitución no sólo es limitativa, sino también establece actuación permisible a los poderes públicos. En tal sentido, el primer límite que tienen estos, es el desarrollo de sus competencias conforme los límites que la propia Constitución establece a su actuar.

Frente a las delimitaciones señaladas, cabría preguntarnos ¿cuál es el aporte de la interpretación constitucional?, sobre ello, podemos señalar que los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito, tanto por el juez como por el legislador y ambos pueden ser en algunos casos contrarios⁶⁷. Dichas posibles divergencias, corresponden a características peculiares que tiene la norma fundamental, los cuales deben ser considerados al momento de realizar su interpretación, los mismos que procedemos a enunciar y desarrollar:

⁶⁶ **PEREZ ROYO, Enrique**, Tribunal Constitucional, 7ma edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 428.

⁶⁷ **ALONSO GARCIA, E.**, La interpretación de la Constitución, Ob. Cit. p. 28.

- a) ***La Constitución es de carácter abierto***, ello, considerando que mucho de sus preceptos tienen una característica ambigua. Muchas veces la Constitución es interpretada en forma intencionada, ya que a veces los preceptos constitucionales son “fórmulas de compromiso que son precisamente expresión de la falta de acuerdo y que postergan la decisión”⁶⁸. Para ello, es necesario el empleo de cláusulas generales y de principios que son de ayuda a la interpretación de conceptos, ideas contempladas en la Constitución. La Constitución no es una norma abierta exclusiva, la existencia de “conceptos jurídicos indeterminados” es usual en todos los ordenamientos existentes, pero en la Constitución se convierte en una garantía.
- b) ***La Constitución tiene carácter político***, al ser la norma de mayor rango que alberga los diversos sujetos, grupos y órganos que manifiestan y expresan el poder del Estado, además que participan en la elaboración de la Constitución, en el desarrollo e interpretación de la misma. El hecho que la Constitución se convierta en el punto medio de la relación Estado pueblo y contenga esa carga de poder en su contenido y desarrollo, conlleva a que la interpretación constitucional sea requerida para resolver problemas políticamente relevantes en mayor medida que la interpretación judicial, siendo el Tribunal Constitucional quien resuelve las controversias constitucionales con criterio jurídicos, el cual no está exento de las repercusiones políticas del mismo. Al ser la Constitución un cuerpo político, también convierte al Tribunal Constitucional en un cuerpo con tal condición, quien resuelve “*conflictos jurídicos sobre materia política*” considerando que el carácter político de un acto no impide el conocimiento jurídico del mismo⁶⁹.

⁶⁸ **BACHOF, Otto**, Jueces y Constitución, traducción de la obra original “Grundgesetz und Richtermacht”, por R. Bercovitz, Civitas, Madrid, 1989, p. 61.

⁶⁹ **BACHOF, Otto**, ¿Norma constitucionales inconstitucionales?, Palestra editores, Lima, 2008, p. 23.

- c) ***La Constitución tiene carácter axiológico o valorativo***, al ser la Constitución el reflejo de la expresión social e identidad de un Estado, no está exenta de valores y principios generales, como la verdad, justicia, dignidad, Estado Social y Democrático de Derecho, los mismos que sirven de límite al ejercicio del poder del Estado y de las libertades del ciudadano. Estas condiciones existentes en la Constitución no solo generan identidad a una Constitución y la diferencia de las demás, ya sea dentro de un Estado o fuera de este, sino que también, conlleva a generar principios propios de interpretación realizada por los diversos poderes públicos.

El contenido axiológico que existe en la Constitución tiene una doble percepción en la tarea interpretativa, por un lado, sirve como elemento inicial para la interpretación por parte de los poderes públicos, el mismo que dado su carácter general es amplio pero con un contenido ineludible; pero por otro lado, contiene valores y principios que sirven de herramientas para la interpretación de las normas de rango infra constitucional, siendo dicha consideración que coloca a la interpretación constitucional por encima de todo.

La tarea interpretativa tiene una diversidad de operadores, desde el ciudadano de a pie que ve amparado su derecho en la Constitución, el abogado que plasma su interés en una demanda, el operador judicial que resuelve en base a ella, convirtiendo dicha potestad en amplia pero restringida en su validez. El legislador es el primer sujeto cualificado para precisar el contenido de estas cláusulas abiertas, desarrollarlas y completar su contenido, tarea que se ve reforzada por el Tribunal Constitucional, quien es el encargado de determinar cuando el legislativo cruza los límites del texto constitucional en su desarrollo o interpretación.

II. Los Métodos de Interpretación Constitucional

Como lo hemos señalado en líneas precedentes las peculiaridades propias de la Constitución repercuten en su interpretación, lo cual, conlleva que tenga un método particular, sin que ello signifique que los métodos tradicionales de la interpretación jurídica no sean efectivos. Si bien han podido ser utilizados por el Tribunal Constitucional, es necesario reconocer que, al presentar particularidades propias en la interpretación de la Constitución, no tengan el mismo resultado o efecto que al momento que actúan sobre normas de rango infraconstitucional. Podemos sumar a ello, que en muchos casos dichos métodos se hacen insuficientes, siendo necesario recurrir a elementos adicionales como criterios de interpretación, elementos propios del llamado “método de interpretación constitucional”, conforme anota Díaz Revorio.⁷⁰

2.1. Los métodos clásicos de interpretación

En razón a lo dicho, se hace necesario reseñar los criterios tradicionales, en su aplicación a la interpretación constitucional, si bien los postulados del maestro Savigny han sido útiles en la interpretación jurídica, se han consolidado como principios en nuestro ordenamiento civil, los mismos que son:

2.1.1. Criterio Gramatical.

El método gramatical tiene como fundamento el contenido propio de la palabra, es decir rescata el contenido literal de la disposición normativa bajo interpretación, como primer tamiz en la actividad interpretativa. Se convierte en el método más importante y fiable, más aún, cuando el texto a interpretar es claro y preciso, por lo cual es denominado como lingüístico, al ser el resultado de la interpretación, la concepción obtenida dentro de los parámetros redactados, no siendo ni más ni menos de ello.

⁷⁰**DÍAZ REVORIO, Francisco**, Interpretación de la Constitución y justicia constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 38.

Para el profesor español García Amado, el uso de dicho método conlleva a:

“que la actividad interpretativa es, para esta teoría, desentrañamiento semántico, establecimiento de su significado. Los enunciados legales poseen una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, del mismo modo que cualquier otro enunciado del lenguaje que a diario utilizamos”⁷¹.

Sin embargo, debemos considerar que la redacción de la Constitución está llena de términos generales y ambiguos, en tal sentido, la literalidad de la interpretación en muchos casos insuficiente. Por ejemplo, podemos mencionar el caso del artículo 140° de la Constitución el mismo que reconoce la pena de muerte, el mismo que de ser leído en su literalidad sería contrario al inciso 1 del artículo 2° de la Constitución que reconoce el derecho a la vida, requiriendo este caso una lectura distinta y extensiva en su contenido.

2.12. Método histórico

Dicho método se remonta al pasado, busca la razón de ser o el motivo inicial del dispositivo normativo, recurriendo a los diarios de debates y opiniones que dieron origen a la norma, lo cual, nos permite conocer la voluntad del legislador y contrastarlo con la evolución de dicho pensamiento jurídico.

El profesor Cobo del Rosal, considera que dicho método:

“satisface de forma concreta aquella exigencia histórica de nuestro Derecho positivo, conllevando ello a que la interpretación ha de ser histórica, esto es, que no desconozca la génesis y evolución de nuestra legislación (...) vigente. En tal sentido, el intérprete deberá tener en cuenta, en la interpretación y construcción dogmática el sentido que le depara la historia legislativa de la institución penal, pues no debe

⁷¹GARCIA AMADO, Juan Antonio, La interpretación constitucional, Ob. cit., p. 39.

*olvidar, en forma alguna, que no hay realidad más patente para cerciorarnos de nosotros mismos que el estudio de la historia*⁷².

En nuestro país dicho método también ha sido reconocido y utilizado por el máximo intérprete constitucional, cuando el Tribunal Constitucional en el caso Lizana Puelles, señala:

*“el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”*⁷³.

213. Método teleológico

En dicho método, el fin de la interpretación está dirigido a identificar la finalidad del dispositivo normativo, siendo este lo constituye el sustento jurídico y filosófico del enunciado, lo cual es importante y necesario en la medida que “los enunciados legales son el cauce a través del que se expresan ciertos contenidos de voluntad o intenciones, que son los que constituyen el componente último del sentido de las normas jurídicas. El texto legal es solamente el vehículo, más o menos fiel o más o menos certero, de esas intenciones”⁷⁴.

En tal consideración, dicho método se orienta por la finalidad del dispositivo, el mismo que dentro de la perspectiva constitucional debe buscar la consolidación del Estado social y democrático de Derecho y la protección de derechos fundamentales. Conocido ya el objeto de la norma, el intérprete deberá de encausar su tarea en maximizar el

⁷² **COBO DEL ROSAL, Manuel**, Disgresiones sobre la ‘historicidad’ del Derecho Penal, en Cuadernos de historia del derecho, N° 1, Madrid, 2004, p. 93.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05854-2005-AA, Fundamento Jurídico N° 3.

⁷⁴ **GARCÍA AMADO, Juan Antonio**, “La interpretación constitucional”, Ob. cit., p. 39.

contenido normativo a efecto de dotarlo de contenido adecuado y congruente con los fines propios, principios y derechos contemplados en el texto constitucional.

214. Método sistemático

La existencia de un ordenamiento jurídico en los Estados, conlleva a un sistema normativo orgánico ordenado y coherente, el mismo que encuentra su punto de partida en la Constitución. En tal consideración, la norma constitucional debe contener principios, lineamientos que se interpretan como lineamientos y directrices al resto del ordenamiento jurídico, lo cual conlleva a una concatenación de las normas infra constitucionales con las de rango constitucional.

Como bien señala Díaz Revorio⁷⁵, este método interpretativo es uno de los más complejos, pues conglomerar en sí mismo tres argumentos:

- i) El argumento *a coherentia*: Argumento que establece que los enunciados a interpretar no pueden expresar normas incompatibles entre sí mismas;
- ii) El argumento *sedes materiae*: Argumento interpretativo mediante el cual se asigna al enunciado bajo interpretación significancia a partir del contexto normativo del que forma parte; y,
- iii) El argumento *sistemático en sentido estricto*: Criterio mediante el cual se asigna a determinado enunciado normativo significancia en razón a su interacción con otros dispositivos normativos.

En el caso peruano, Rubio Correa recoge lo señalado por el Tribunal Constitucional, al referirse que:

⁷⁵**DÍAZ REBORIO, Francisco**, Interpretación constitucional y justicia constitucional, Ob. Cit. p. 68.

“la interpretación sistémica supone [...] que la Constitución es un sistema normativo, y un sistema puede definirse como un conjunto de partes que se interrelacionan según ciertos principios, de manera que siempre se puede encontrar respuesta a las necesidades normativas para la vida social dentro de dicho sistema, integrando las partes y aplicando los principios”⁷⁶.

Ello determina que “para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos”⁷⁷.

En ese orden de ideas, la interpretación aislada de norma alguna del sistema de fuentes, quebrantaría el ordenamiento jurídico, al actuar erróneamente el intérprete y dejar de lado principios básicos como el de unidad y coherencia del sistema jurídico. La garantía de una adecuada interpretación, parte no solo del análisis profundo de la norma a interpretar, sino también de aquellas normas que se encuentren vinculadas a la misma, proporcionando ello criterios más amplios para la configuración de la norma sujeta de interpretación, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, “la aplicación e interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aisladamente sino debe efectuarse de manera sistemática”⁷⁸.

215. La interpretación evolutiva.

Otro método de interpretación es el evolutivo, el mismo que parte de principios del Derecho Civil que considera la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, perspectiva que cobra sentido en el ámbito constitucional dado lo variable de las circunstancias sociales, teniendo en cuenta la vocación de permanencia de las constituciones, lo cual explicaría la vigencia de textos constitucionales añejos como la

⁷⁶ RUBIO CORREA, Marcial, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2006, p. 70.

⁷⁷ Ibídem, p. 71.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00273-93-TC, Fundamento Jurídico N° 4.

constitución de Estados Unidos. En tal sentido, la necesidad de una interpretación evolutiva de la Constitución, va adecuando su contenido al contexto social, político, económico sin que ello signifique tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos.

Si bien los métodos descritos han significado un gran aporte para la interpretación jurídica, estos no han sido suficientes por si mismos para la interpretación constitucional. Es por ello que algunos autores han propuesto métodos específicos como es el caso del profesor alemán *Hesse*⁷⁹, quien ha propuesto un método basado en la “concretización”, el mismo que conlleva la pre comprensión de la norma y del problema, un proceso delimitado por el contenido normativo, la misma que se ve materializada a través de la *inventio*, que son puntos de vista que se someterán a opiniones positivas y negativas para fundar la decisión. En dicho método se conjugan los métodos tradicionales y los principios propios de la interpretación constitucional.

Por su parte Bockenforde,⁸⁰ señala que el proceso de interpretación constitucional equipara a la ley constitucional con la ley ordinaria, siendo necesario recurrir a la teoría de la Constitución que se defiende, pero no puede olvidarse que la Constitución es un “ordenamiento marco” que fija límites y determina directrices.

Entre los métodos poco usuales pero importantes encontramos el **método tópico** propuesto por el profesor español Pérez Royo, el mismo que encuentra su punto de partida en el contenido y estructura constitucional y la relación que esta guarda con las leyes; relación que es distinta a fuentes normativas de diverso rango. En tal sentido, para el profesor español, la Constitución no determina el contenido de la Ley ni la voluntad

⁷⁹ **HESSE, K.**, La interpretación constitucional, en Escritos de Derecho Constitucional, 2da Edición, Trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 347.

⁸⁰ **BOCKENFORDE E.W.**, Los métodos de interpretación constitucional. Inventario y crítica, traducción de I, Villaverde Menéndez, en Escritos sobre derechos fundamentales, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 438.

del legislador, sino que enmarca los límites de su actuación, lo cual, repercute en su interpretación, que debe invertirse en relación con el método jurídico ordinario, partiendo del problema y de la respuesta que el mismo recibe del legislador y a partir de ahí comprobando su dicha respuesta ha excedido o no los límites constitucionales⁸¹. En ese orden de ideas, la interpretación constitucional es una interpretación de los límites existentes, al tener que identificar los mismos, siendo que el método se convierte en impreciso al tener que apoyarse en principios y criterios interpretativos específicos.

Si bien los métodos descritos son independientes uno de otro, cabe resaltar que tienen condiciones similares, las mismas que podemos mencionar: a) tienen un carácter relativamente abierto, condición que puede encontrarse en algunos preceptos legales; b) la Constitución se convierte en un marco para la ley y el legislador, sin olvidar que la propia Constitución contiene mandatos generales y específicos que son necesario para dar una ley y determinar el contenido de la misma; c) la interpretación constitucional no culmina con la valoración de la norma legal y su conformidad con la Constitución, de ser así no habría la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional. En esa línea de razonamiento, es importante el papel del Tribunal Constitucional en la labor interpretativa de la Constitución Política, es por ello, que muchos tribunales han recogido principios comunes dentro de sus jurisdicciones para dicha tarea, los cuales no son ajenos al Derecho Constitucional peruano.

III. Los principios de interpretación constitucional en la jurisdicción peruana.

Nuestro Tribunal Constitucional peruano no ha sido exento del desarrollo evolutivo y la expansión de la doctrina y jurisprudencia europea, la misma que ha sido recogida e implementada en nuestra jurisdicción

⁸¹ DIAZ REVORIO, Javier, Interpretación de la Constitución y justicia constitucional, Ob. Cit. p. 124.

constitucional, es el caso, de los principios de interpretación constitucional nacidos de los tribunales constitucionales de Italia y Alemania.

Es así que en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso Lizana Puelles⁸², donde, al existir una limitada actuación frente al alcance de los artículos 142° y 181° de la Constitución, se recurre al último interprete constitucional para que determine el alcance de los artículos citados y si los mismos contenían alcances de revisabilidad de resoluciones emitidas en última instancia por el JNE y el CNM.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional señala que cualquier interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución es inconstitucional, desarrollando así los principios de la interpretación constitucional.

“...Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional”⁸³.

En ese orden de ideas el supremo guardián de la constitucionalidad peruano, ha desarrollado los principios que se detallan a continuación:

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 5854-2005- PA/TC

⁸³ Citado en el Fundamento doceavo Expediente N° 5854-2005- PA/TC, Cfr. Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da. Ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 45-47.

- a) ***El principio de unidad de la Constitución***⁸⁴: Este principio interpretativo exige que la constitución al ser interpretada sea asumida como un cuerpo normativo único, sistemático, armónico, y no mediante la interpretación de segmentos aislados.

- b) ***El principio de concordancia práctica***⁸⁵: Principio que prescribe que todo conflicto entre disposiciones constitucionales debe ser resuelto, sin sacrificar ninguno de dichos bienes aparentemente confrontados, debiéndose compatibilizar su ejercicio, sin importar su carácter, sean estos orgánicos o fundamentales.

- c) ***El principio de corrección funcional***⁸⁶: Este principio impone al juez constitucional el deber de respetar la configuración que el poder constituyente originario asignado a cada uno de los órganos constitucionales respecto a sus competencias y funciones, sin desnaturalizar o desvirtuarlas.

- d) ***El principio de función integradora***⁸⁷: Principio que sostiene que el objeto de la interpretación debe ser la resolución de conflictos, y permita la integración política del estado con la comunidad.

- e) ***El principio de fuerza normativa de la Constitución***⁸⁸: Dicho principio establece que mediante la interpretación constitucional no puede anularse o perjudicarse la fuerza normativa vinculante de la constitución, que como norma suprema vincula no solo a los poderes

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 1091-2002-HC, fj. 4; STC 0008-2003-AI, fj. 5; STC 0045-2004-HC, fj. 3.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 1797-2002-HD, fj. 11, Exp. 2209-2002-AA, fj. 25, Exp. 0001-2003-AI / 0003-2003-AI, fj. 10, Exp. 0008-2003-AI, fj. 5, Exp. 1013-2003-HC, fj. 6; Exp. 1076-2003-HC, fj. 7; Exp. 1219-2003-HD, fj. 6; Exp. 2579-2003-HD, fj. 6; Exp. 0029-2004-AI, fj. 15.

⁸⁶ Este principio se presenta en cada ocasión en la que este Tribunal delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (Sentencia del TC Exps. 0020-2005-PI / 0021-2005-PI —acumulados—).

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, STC N° 0008-2003-AI, fundamento 5.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, STC N° 1124-2001-AA, fundamento 6.

públicos, a los cuídanos individualmente así como a la sociedad, en su conjunto.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional argumenta en la resolución previamente acotada, que:

“15. La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una “aparente” contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140º se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2º se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103º establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2º reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139º, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución establece que el amparo contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona.”⁸⁹

En ese orden de ideas, resulta evidente que, al momento de realizar una lectura aislada de los artículos citados, se llegaría a interpretaciones dispares y contradictorias, no siendo así efectiva una interpretación unitaria o sistemática de la Constitución. En tal sentido, la interpretación de disposiciones constitucionales en forma aislada no serán válidas,

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, STC Nº 5854-2005- PA/TC, fundamento 15.

considerando que es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima⁹⁰.

En otras palabras, el “producto” resultante de realizar una interpretación aislada de postulados normativos comprendidos en la Constitución, viola los más elementales principios de interpretación constitucional, entre ellos los de concordancia práctica y unidad constitucional, pues pretendiendo auspiciar la seguridad jurídica que debe informar a todo proceso electoral, “sacrifica” los derechos fundamentales, ya que los despoja de toda garantía jurisdiccional de protección⁹¹.

La interpretación asistencial de artículos constitucionales viola los principios de corrección funcional, y fuerza normativa de la Constitución toda vez que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional por la propia Constitución en el artículo 201º.

3.1. El mito del supremo intérprete constitucional

Es casi un dogma el enunciado que refiere al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la misma; no obstante, cualquier sujeto público o privado puede hacer interpretación constitucional. Los organismos públicos practican dicha interpretación, dado que muchas de sus actuaciones se encuentran enmarcadas en competencias contempladas y preceptos que se desprenden del texto constitucional, normas de desarrollo constitucional o normas específicas, pero que tienen como punto de partida la Constitución.

Muchos de los actos de particulares, en forma directa o indirecta resguarda el cumplimiento de formalidades de orden constitucional o el contenido de la misma, a pesar de que buena parte de los preceptos

⁹⁰Sentencia del Tribunal Constitucional, STC Nº 5854-2005- PA/TC, fundamento 16.

⁹¹Ídem Fundamento 18º

constitucionales no vayan dirigidos directamente a ellos; por ejemplo, cuando vemos que se celebra un contrato entre particulares, puede partirse de la presunción que el mismo no vulnera derechos fundamentales de ninguno de ellos, de igual forma sucede cuando alguien se expresa en un medio de comunicación, podemos entender que no se está vulnerando el honor e intimidad del otro, de igual forma podemos encontrar a un abogado al momento de identificar la lesión de un derecho fundamental de un cliente; en todos los casos esa actuación presupone una previa interpretación constitucional.

Pero entre todos los sujetos que pueden realizar interpretación constitucional, debemos destacar a aquellos que tienen tarea específica de realizar la misma, por lo cual, su tarea interpretativa y el resultado de la misma tienen una particular relevancia frente a las otras, dada la función o competencia que la propia Constitución le reconozca. En tal sentido, podemos identificar al legislador, los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional quienes tienen dicha tarea, siendo la tarea del juez ordinario (Poder Judicial) quien juega un papel importante al ser quien interpreta todo el Derecho y siendo la Constitución la norma de mayor jerarquía del ordenamiento, tiene la tarea de interpretarla y aplicarla en las resoluciones que resuelvan controversias, siendo sus decisiones vinculantes para las partes del proceso.

El legislador se convierte en un “intérprete primario de la norma fundamental”, si bien es cierto la función esencial del legislador no es la interpretación constitucional, sino la formulación y aprobación de normas en representación de la voluntad popular. Pero la tarea legislativa no encuentra su fundamento en la interpretación constitucional y en muchos de los casos tampoco se ejerce con la intención de extender los alcances de la Constitución, muy por el contrario, lo que anima al legislador es dar respuesta la necesidad normativa, situaciones o problemas de la sociedad. En todos los casos y cualquiera fuera la intención del legislador,

debe respetar los principios y los límites contemplados en la Constitución, la cual es en su el freno del legislador.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional, quien se encuentra en el orden superior entre los demás órganos, su interpretación sólo se produce en caso de conflictos constitucionales y a instancia de parte legitimada. Bajo tal consideración y agotados los sujetos que pueden interpretar la constitución, podemos señalar que es el Tribunal Constitucional quien se *“convierte en el último interprete constitucional”*, no siendo *“supremo”* en ninguna forma, sino la instancia especializada que esta constitucionalmente creado y facultado para interpretar la Constitución con la legitimidad propia y única que le otorga la naturaleza propia de la existencia de un Tribunal Constitucional.

IV. Posición de la jurisdicción constitucional peruana

A nivel nacional, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el caso Lizama Puelles, se adscribe a la doctrina española de la materia, en razón a la necesidad de establecer principios claros de interpretación constitucional, asumiendo la opinión del profesor García de Enterría⁹², quien considera que la relevancia de las constituciones reside en su capacidad de configurar la estructura del poder estatal, limitando su ejercicio, reconociendo y garantizando un catálogo de derechos fundamentales, así como la visión de la sociedad y las obligaciones del estado frente a ella.

Como bien señalamos anteriormente la Constitución posee "fuerza normativa", ello conlleva, que cada una de las disposiciones normativas cumplan una función directiva y preceptiva, así como parámetros de desarrollo normativo infra constitucional.

⁹²**GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 264.

En tal sentido, consideramos que al ser la Constitución la norma fundamental del Estado de la cual deviene en grado el resto del ordenamiento jurídico, es necesario considerar principios de interpretación constitucional, considerando los siguientes postulados:

- a. La Constitución por su característica de norma principio, determina por si misma el sistema de fuentes formales del Derecho, emanando de ella vía desarrollo legislativo el ordenamiento normativo y administrativo.
- b. La Constitución como cúspide del ordenamiento normativo tiene vocación de permanencia, condición que sumada a su naturaleza y finalidad la hace superior al resto de normas ordinarias.
- c. La constitución se encuentra investida de una “superlegalidad formal” al devenir de un poder constituyente, hallándose cautelada su modificación mediante mecanismos gravosos, lo cual es conocido en la doctrina como "rigidez constitucional", en consecuencia la validez de las normas infra constitucionales se halla condicionada a su adscripción a la propia Constitución.
- d. En mérito al principio de supremacía constitucional, las normas derivadas o de desarrollo son legítimas, solo si no contravienen los valores y principios constitucionales.

En ese orden de ideas, la labor interpretativa se establece como un proceso necesario para la organización y el desarrollo del derecho, es decir, la concreción del dispositivo normativo a la realidad.

Comprendiendo lo señalado en el presente capítulo y demostrada la necesidad de establecer pautas que permitan interpretar adecuadamente la constitución, mediante diversos enfoques y métodos; tarea que

desarrollaremos en capítulo siguiente, recogiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional conforme a las necesidades jurídico-sociales de la comunidad nacional.

CAPITULO IV

LOS NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Tal como se ha señalado en el desarrollo del presente informe, la interpretación constitucional es una modalidad de interpretación jurídica, compartiendo las fortalezas y debilidades propias de la doctrina general de la interpretación jurídica; observamos así también las dificultades propias de su naturaleza, y de las instituciones que contempla y las consecuencias que se desprenden de interpretar el texto constitucional.

Las peculiaridades propias de la Constitución nos obligan a reconocer que la misma contiene normas *“en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, lo cual conlleva a que parezca evidente que en muchos casos sus prescripciones aparecen como estándares débiles o simples razones para decidir cuyo peso es diferente en cada caso”*⁹³, en ese sentido Michele Taruffo destaca la necesidad de recurrir a la aplicación de estándares o valores extrajurídicos en la interpretación constitucional, más allá de los que suministra el propio ordenamiento positivo, lo cual se condice con lo señalada por Hesse *“precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución, es lo que debe ser interpretado”*⁹⁴.

De lo dicho anteriormente y conscientes de la importancia que guarda el análisis conclusivo de las barreras metodológicas que imposibilitan la eficacia de los derechos fundamentales, es necesario el estudio de la actividad judicial interpretativa del Tribunal Constitucional, a fin de

⁹³Cfr., La caracterización que hace **R. WORKIN**, Los principios en los Derechos en serio, traducción de M. Gustavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72 y ss.

⁹⁴**HESSE, Konrad**, Escritos de Derecho Constitucional, Trad. de Pedro Cruz Villalón, C.E.C. Madrid, 1983, p. 43.

conocer a cabalidad su método interpretativo en la defensa de derechos fundamentales.

En el presente capítulo desarrollaremos la visión interpretativa que ha venido desarrollando el Tribunal Constitucional peruano, ello, al momento de reconocer nuevos derechos fundamentales producto de la interpretación constitucional, verificando los criterios utilizados para el reconocimiento de cada derecho, verificando así el uso de posturas intermedias o moderadas sobre dicha tendencia. Tal como señalamos en los capítulos previos, planteamos la necesidad de reflexionar acerca de la utilidad que aporta *–para la jurisdicción constitucional–* el conocer y recurrir a la interpretación constitucional y sus técnicas. En tal sentido, enunciaremos en forma sistémica los postulados de diversas teorías, principio y criterios de interpretación constitucional, considerando que su desconocimiento por parte de los operadores del Derecho ha motivado que los mismos no sean utilizados adecuadamente a casos concretos.

I. La Interpretación constitucional y los derechos fundamentales

El tránsito de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción constitucional implica otorgar a la Constitución un papel preponderante en el marco normativo de los Estados, en ese contexto el fin inmediato de la interpretación es descubrir el significado de la norma aplicable al caso, es decir en palabras de Ludwig Enneccerus: “[...] *el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica.*”⁹⁵

La labor interpretativa se ha convertido en un punto de debate en la doctrina constitucional, generado corrientes de estudio entre los militantes del intelectualismo y el voluntarismo, los primeros reducen la actividad interpretativa al ejercicio lógico orientado a develar el sentido de la disposición jurídica, mientras que llamados voluntaristas *quienes*

⁹⁵ **ENNECCERUS, Ludwig**, Tratado de Derecho Civil, Tomo I., Casa Editorial Bosch, Traducido de la 39ª edición alemana, Barcelona, España, 1953. Cita tomada de **GARCIA BELAUNDE, Domingo**, La Interpretación Constitucional como problema, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Nº 86, 1994, Madrid, p. 161.

consideran que la actividad interpretativa no se agota en ello e implica una labor compleja creativa del derecho en la que el juez asume un papel preponderante facultado con amplios parámetros de libertad. Tal y como explica Kelsen⁹⁶, para los voluntaristas la actividad interpretativa es un acto creativo, generado una norma para su aplicación específica en determinado caso, lo cual se concreta con la voluntad.

Más allá de las particularidades propias de cada corriente, ambas comparten un elemento común el cual es otorgar sentido a las normas mediante la interpretación. La interpretación constitucional adquiere especial relevancia toda vez condiciona la validez de las normas infraconstitucionales, a la constitución y su interpretación, pudiendo ser expulsadas de la legislación por apartarse de dicho parámetro.

Siendo la Constitución el objeto sobre el cual se desarrolla la actividad interpretativa, es menester conocer adecuadamente su contenido y alcances, solo así se puede ensayar correspondencias metodológicas entre la constitución como parámetro de control y los métodos interpretativos a los que se puede recurrir para desentrañar su sentido, más aun teniendo en cuenta el carácter instrumental del método interpretativo, el cual debe adecuarse al objeto de interpretación.

La relevancia de la interpretación constitucional en los derechos fundamentales conlleva a evitar vacíos normativos o antinomias constitucionales, más aún, cuando existen cuestionamientos sobre una determinada Ley, en tal sentido nuestra jurisdicción constitucional busca evitar la aplicación de criterios subjetivos, en tal tarea el Tribunal Constitucional y la judicatura ordinaria deben comulgar.

⁹⁶ **KELSEN, Hans**, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Decimoctava Edición, Buenos Aires, 1982, p. 110.

Para una mayor protección de la propia Constitución y por ende de los derechos fundamentales, es necesaria la existencia de un correlato y correspondencia entre el producto de la labor interpretativa expresada en las sentencias emitidas por la jurisdicción ordinaria y la constitucional, toda vez que el objeto de interpretación es el mismo, es decir la Constitución, las cuales deben constituir un cuerpo coherente y cohesionado, a fin de evitar la existencia de resoluciones contradictorias en perjuicio de la tutela de derechos fundamentales.

No obstante, la resolución de conflictos constitucionales asume una perspectiva diferente de las controversias ordinarias, en razón a que dichos conflictos refieren directamente al ejercicio y goce de derechos fundamentales.

En esa perspectiva, debemos determinar la forma en la que interactúan las disposiciones normativas ordinarias y las disposiciones constitucionales que reconocen y garantizan derechos, fundamentales. Teniendo en cuenta además la labor interpretativa que en última instancia se le ha delegado al Tribunal Constitucional, el mismo que para cumplir adecuadamente su función debe tener una metodología adecuada para dicha labor interpretativa.⁹⁷

Es así que la interpretación constitucional se convierte en la herramienta idónea para solventar controversias constitucionales complejas, debiéndose recurrir a ella ante la insuficiencia de la lógica jurídica o la teoría de la argumentación estándar debido a la complejidad propia que encierra en sí misma la Constitución que como señala Enterría⁹⁸, configura la estructura del estado y reconoce derechos fundamentales. En

⁹⁷**TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny**, La interpretación constitucional en el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, en Velandia Canosa, Eduardo (Director Científico), Derecho procesal constitucional, Tomo III, Volumen II, Bogotá, VC Editores y ACDPC, 2012, p. 61-81.

⁹⁸**GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 264.

la capacidad de desentrañar el sentido de la Constitución es donde reside la importancia de la interpretación constitucional como sostiene Hesse.⁹⁹

La interpretación constitucional permite a través de la labor intelectual, desentrañar el contenido de la norma, mediante parámetros interpretativos gramaticales, históricos y epistemológicos, así como el desarrollo de sus alcances o nuevas manifestaciones mediante la interpretación evolutiva. Un ejercicio institucional adecuado de interpretación constitucional debería poder dotar de coherencia y armonía en labor interpretativa de los diversos interpretes constitucionales (poderes públicos, privados y en particular a la administración de justicia), maximizando la eficacia de la Constitución y sus de sus mandatos, sin desnaturalizar su contenido.

Para el constitucionalismo, la interpretación jurídica debe tener como parámetro a la constitución, la cual se proyecta por encima del total del ordenamiento jurídico, mientras que la interpretación constitucional parte de la premisa de la existencia de dos o más interpretaciones posibles de la constitución, disquisición que es superada mediante la lectura racional de la misma. Es decir, la interpretación constitucional se resume en la elección razonada entre las diversas maneras de entender la constitución y la realidad.

En ese sentido, existen tantas formas de entender la Constitución como interpretes posibles, *-teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional no es el único interprete institucional-*, asimismo, existen diversas interpretaciones posibles para un mismo interprete; situación que motiva la presente investigación, teniendo en cuenta la variabilidad de interpretaciones emitidas por los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos, para lo cual estudiaremos las diversas teorías

⁹⁹ **HESSE, Konrad**, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

interpretativas asumidas por dichos tribunales, considerando el nivel de influencia de los mismos sobre la jurisprudencia y doctrina nacional.

II. La Jurisprudencia Constitucional Peruana sobre el tema

La jurisprudencia constitucional en nuestro país ha ido creciendo poco a poco en la medida que el Tribunal Constitucional se ha ido asentando en su labor como último intérprete constitucional, ello ha generado que en diversas ramas del ordenamiento nacional encontremos diversos preceptos legales que hayan sido otorgados por el Tribunal Constitucional, lo cuales han precisado, delimitado, modificado, en su sentido literal o extenso de la palabra, generando que los mismo no puedan ser leídos, si no es a través de la sentencia interpretativa constitucional. En dicha tarea, el Tribunal determina cual es la interpretación constitucional aceptable, descarta aquellas que devengan en inconstitucional, determinando el alcance de la inconstitucionalidad y en su caso reconociendo la misma. Los efectos que conlleva la sentencia constitucional “erga omnes” hace de la misma trascendente para el ordenamiento jurídico, ello, porque podemos encontrar preceptos legales que no han variado en absoluto, pero que al momento de aplicarlos son objeto de una lectura distinta o complementada. En tal caso, lo decidido y señalado por el Tribunal Constitucional no solo se reduce en su admisibilidad o legitimidad del precepto jurídico en el ordenamiento constitucional, sino que debe encajar adecuadamente dentro del sistema constitucional que defiende el Tribunal Constitucional¹⁰⁰.

Ha sido un largo camino el recorrido por el Tribunal Constitucional para asentarse en la judicatura nacional, su inclusión en la Constitución de 1979 no conllevó a su inmediata implementación, teniendo que discurrir más de 20 años para que la jurisdicción constitucional, y en parcelar el Tribunal Constitucional, se posicione cómo “*supremo intérprete de la Constitución*” en los procesos de control abstracto, así como en los

¹⁰⁰ **GUASTINI, Riccardo**, Estudios sobre la interpretación jurídica, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 34.

procesos de tutela de la libertad, mediante las denominadas “*sentencias interpretativas*”, tal y como ha sido desarrollado por dicho ente en la celeberrima sentencia recaída en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC, caso “Valla electoral”, en los fundamentos 38 a 62..

A fin de lograr dicho posicionamiento como cúspide de la jurisdicción constitucional, ha recurrido no solo a la doctrina, sino también a la jurisprudencia internacional, a fin de elaborar una propia línea jurisprudencial que permita en el imaginario colectivo jurídico y social, situar a la Constitución como la “norma jurídica” de mayor grado. Ello como elemento de equilibrio dentro de un Estado constitucional de Derecho.

El TC afirma que, del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución por la jurisdicción, se deriva el que su lealtad a la ley se desvanezca cuando ésta contraviene los postulados constitucionales. Con ello, “sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional”, a la vez que puede decirse que “entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias” (fundamento 42).

Como se puede apreciar, tienen gran relevancia estas consideraciones, pues de este modo el TC garantiza el que la jurisdicción constitucional actúe como “elemento de equilibrio” que impide el retorno al “absolutismo parlamentario”, en el que la mayoría impone un “dominio autocrático” frente a quienes no participan de los idearios del gobierno (fundamento 44). Es decir, de este modo el TC evita la repetición de la traumática experiencia vivida por el país durante el fujimorismo, cuando el Tribunal estuvo “en cautiverio”, a diferencia de ahora en que actúa “en libertad”¹⁰¹.

Tal y como señalamos previamente el TC peruano al igual que los diversos Tribunales Constitucionales de América Latina (o cortes constitucionales), concentra la titularidad de la interpretación

¹⁰¹ LANDA ARROYO, César, Tribunal Constitucional y Estado democrático, Lima, Palestra, 2° edición, 2003, pp. 260 y 285.

constitucional debiendo garantizarse su supremacía como dispone el artículo 200° y siguientes de la Constitución; no obstante, la jurisdicción constitucional peruana presenta particularidades, es así que el TC, se posiciona como el último intérprete institucional de la Constitución, pero no el único, tal es el caso del Poder Judicial, que no solo interpreta la Constitución en las dos primeras instancias de los procesos constitucionales de tutela de la libertad, sino en exclusividad en el proceso de acción popular.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha convertido en un elemento valioso para el desarrollo normativo a nivel nacional, evolucionando en su rol de “*legislador negativo*” hacia un rol constructivo, a través de sus actuaciones institucionales, y en particular mediante de las denominadas sentencias interpretativas e integrativas; es decir su actuación va allá de “[...] *la negación o afirmación de la legislación, sino también [...] necesario complemento*”¹⁰², es decir asume un rol activo en la construcción normativa a través de la interpretación institucional.

Dicho de otro modo, no solo se limita a expulsar determinada norma del ordenamiento jurídico, sino que mediante la interpretación puede salvar aquel vicio de inconstitucionalidad a través de sentencias interpretativas e integrativas, actividad que se sustenta en los artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución, así como del contenido del artículo 93° de la carta magna, artículo del que dimana el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes.

III. Derechos Fundamentales creados por la jurisprudencia del TC

Dentro de la tarea interpretativa desarrollada por el Tribunal Constitucional y haciendo uso de la cláusula abierta contemplada en la Constitución en su artículo 3°, nuestro TC ha emitido sentencias interpretativas, las mismas que le han servido para reconocer nuevos

¹⁰² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 00002-2010-PI/TC, f.j. 44.

derechos fundamentales, los cuales deben ser leídos en forma conjunta con la Constitución y que son los siguientes:

3.1. El Derecho a la verdad¹⁰³

Como muchos casos el Tribunal Constitucional peruano tuvo que conocer un habeas corpus STC Exp. N.º 2488-2002-HC/TC presentado en favor de Genaro Villegas Namuche, ello, dentro de un caso de desaparición forzada y condena en ausencia a cadena perpetua, dicho proceso constitucional el iniciado por familiares que indignados buscan conocer la verdad de los hechos y la necesidad de conocer el paradero de Genaro Villegas.

(...) ante “hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por múltiples formas de violencia estatal y no estatal” tanto la Nación como las víctimas, sus familias y allegados tienen derecho a conocer la verdad de lo sucedido. En tal sentido, las personas afectadas por violaciones contra los derechos humanos o desapariciones forzadas “tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en que 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, entre otras cosas” (f. j. 8 y 9).

Tal y como señala el TC, el derecho fundamental a la verdad se basa en la obligación del estado a sus ciudadanos de brindar tutela jurisdiccional efectiva frente a la violación de sus derechos, así como de la propia dignidad humana, entre otros derechos y principios que son propios al estado constitucional de derecho.

Por las trascendencia y particularidad del derecho a la verdad, este no puede subsumirse en otro bien constitucional, teniendo por tanto “[...] una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido

¹⁰³Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 2488-2002-HC)

*tanto al objeto protegido, como al de los que con su reconocimiento se persigue alcanzar”.*¹⁰⁴.

3.2. El derecho al agua potable¹⁰⁵

En razón al derecho al agua potable en la sentencia emitida por el TC, dicho colegiado reconoce que no existe marco normativo positivo que regule tal derecho, ni mucho menos el acceso al mismo, existiendo diversas razones que justifican su reconocimiento como derecho fundamental, el cual, no solo reposa en sí mismo, sino que implica tres elementos esenciales: el acceso, la calidad la suficiencia, debiendo ser dichos elementos copulativos a efecto de reconocer el derecho como tal al igual que su cumplimiento. *“No se trata, pues, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario”*¹⁰⁶.

La ausencia normativa en materia de reconocimiento del derecho al agua, así como el casi inexistente desarrollo del mismo a nivel supranacional, no ha sido óbice para que el TC, desarrolle su contenido apelado a parámetros valorativos, principistas y a la cláusula abierta del artículo 3° de las Constitución, para garantizar los alcances del derecho al agua.

Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización permitiría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento se encontraría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho. (f.j. 17)

3.3. Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad¹⁰⁷

Si bien el derecho al libre desenvolvimiento o desarrollo de la personalidad, ha sido en un primer momento tratado como una

¹⁰⁴Ídem, fundamentos 14 y 20.

¹⁰⁵Sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 6534-2006-PA)

¹⁰⁶Ídem, fundamento 21.

¹⁰⁷Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0032-2010-AI.

manifestación del derecho a la libertad, conforme el numeral 1 del artículo 2° de la Constitución, la necesidad de garantizar adecuadamente su tutela, así como su trascendencia como bien jurídico en la concreción de la dignidad y el ejercicio de la propia libertad, ha permitido su reconocimiento como un derecho fundamental autónomo, para lo cual el TC, ha recurrido nuevamente a la técnica de la interpretación constitucional y la cláusula abierta, señalando que:

*"[...] la libertad natural del ser humano -en torno a cuya protección se instituye aquel ente artificial denominado Estado- se juridifica, imponiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonable y proporcionales."*¹⁰⁸

3.4. Derecho de los consumidores y usuarios¹⁰⁹

La defensa del derecho al consumidor y del usuario ha estado contemplada dentro de nuestra Constitución como un deber del Estado, basta con revisar el artículo 65° de la misma; no obstante, a dicha configuración de deber no le correspondía un derecho fundamental, al menos textualmente, por lo que a fin de subsanar dicha misión el Tribunal Constitucional, recurriendo también a la cláusula abierta de individualización de nuevos derechos, ha reconocido el carácter fundamental de los derechos inherentes a toda persona en su condición de usuario o consumidor de diverso bien o servicio.

En la sentencia expedida en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, el tribunal constitucional ha otorgado categoría de derechos fundamentales a los hasta en ese momento, derechos de índole legal desarrollados por

¹⁰⁸Idem, fundamento 24.

¹⁰⁹Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 6534-2006-PA

la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo N° 716, a través de su ligación con el contenido del artículo 65° de la constitución, señalando que:

“los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios¹¹⁰”.

3.5. Derecho a la eficacia de norma y actos administrativos¹¹¹

La potestad normativa existente en el Estado, la cual, es variable de acuerdo a la instancia y funcionario que emite la norma, en tal sentido, el control del sistema normativo del Estado se hace de forma regular sobre las normas con rango de ley y de las administrativas (ambas en su dimensión objetiva), buscando que su contenido y vigencia sea conforme a los principios contemplados en la Constitución.

Pero en el control normativo, es indispensable que las normas de rango legal y las administrativas, no sólo cumplan con requerimientos de fondo y forma para su aprobación conforme lo señala la Constitución, es importante también que las de desarrollo constitucional (leyes, reglamento, etc.) tengan un factor indispensable para dar cumplimiento a su fin, este es la eficacia.

En tal sentido y considerando la necesidad de dotar de efectividad a las normas y actos estatales, el TC, ha admitido de conformidad con los artículos 3°, 43° y 45° de la carta magna, la autonomía del derecho a la eficacia de los actos administrativos y las disposiciones normativas, frente a la renuencia de la autoridad, funcionario o servidor público. Defensa que se encauza a través de los procesos constitucionales y en particular mediante el proceso de cumplimiento como en la vía idónea.

¹¹⁰Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 32.

¹¹¹Sentencia del Tribunal Constitucional(Exp. N° 0168-2005-PC)

3.6. Derecho al ascenso a la carrera diplomática¹¹²

A nuestro criterio, este no puede ser un derecho “constitucional y fundamental” por donde se le mire. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en una sentencia realmente sorprendente resuelve la demanda de amparo interpuesta por Félix Calderón Urtecho, a fin de que se le ascienda al cargo de embajador, por ser parte de su derecho al trabajo, en ese sentido el TC, consideró que:

“se violó sistemáticamente el derecho a la promoción o ascenso, derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar en autos¹¹³”.

Del análisis crítico de los fundamentos de la sentencia, consideramos que a diferencia de los casos previos, en el presente caso no existe elemento, ni trascendencia que permitan la individualización de parte del contenido propio del derecho fundamental al trabajo, como un derecho fundamental individual, es decir el “derecho fundamental al ascenso en la carrera diplomática”, y su incorporación del catálogo de derechos fundamentales, considerando que su contenido no es de alcance general y si de un grupo determinado de ciudadanos.

Por otra parte, agravando lo señalado, el Tribunal considera que debe dársele la categoría de derecho constitucional, lo cual, no solo refleja un despropósito del manejo de la naturaleza de los derechos fundamentales, sino que se suma el desconocimiento de esta categoría, dejando de lado la teoría y la práctica entre derechos fundamentales y derechos de índole legal.

¹¹²Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 2254-2003-AA.

¹¹³Idem, fundamento 12.

3.7. Derecho a procesos constitucionales de la libertad¹¹⁴

La jurisdicción constitucional tiene por finalidad convertirse en el instrumento mediante el cual se concreten y resguarden los demás derechos fundamentales garantizados por la constitución. Derechos fundamentales que sin garantías institucionales, devienen en meras declaraciones retóricas.

En ese sentido el TC, ha manifestado también que:

“[...]los derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo [...] el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático¹¹⁵”.

Es así que, la institucionalización de los sistemas de protección de derechos fundamentales, además de ser un deber del estado, se constituyen como un derecho subjetivo que el Estado peruano debe garantizar a sus ciudadanos, más aún si se tiene en cuenta el contenido del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece la obligación del Estado de garantizar a toda persona el derecho humano de acceder a la protección judicial del estado a fin de tutelar sus derechos,

IV. Contenido implícito y nuevo contenido de los derechos fundamentales.

Tal y como se ha visto en las sentencias analizadas previamente el TC, mediante la interpretación constitucional ha reconocido la existencia de derechos no numerados y contenidos nuevos en la Constitución. Ello, debido al carácter abierto y principista que tiene nuestra Constitución, la cual permite al Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete de la

¹¹⁴Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1230-2002-HC.

¹¹⁵Idem, fundamento 4.

misma, un margen amplio para determinar el alcance de los derechos fundamentales, desarrollar o delimitar su contenido.

En este punto, cabe diferenciar entre manifestaciones implícitas de derechos fundamentales, de aquellos derechos fundamentales implícitos que no se encuentran contenidos en otro derecho fundamental, mientras que los primeros no tienen una configuración o contenido propios, los segundos son contenidos nuevos dimanados de nuevos contextos, como el desarrollo de la tecnología o los cambios sociales, recogidos en la cláusula abierta de la Constitución.

En ese sentido, podemos clasificarlos de la siguiente forma:

a) Contenidos implícitos de derechos enumerados

Se materializan cuando determinado derecho fundamental se subsume dentro de otro derecho preexistente, es decir constituye una manifestación de este último, debido a que la constitución reconoce o evoca al mismo de manera indirecta o genérica¹¹⁶, así como la manifestación de un contenido evolutivo en un enunciado mayor previamente reconocido.¹¹⁷ Es decir, estos derechos son parte del contenido propio o manifestaciones implícitas de derechos tradicionalmente reconocidos, o cuya aceptación es pacífica.

b) Contenidos nuevos de derechos enumerados

Se tratan de manifestaciones nuevas de derechos fundamentales preexistentes, que debido a los cambios sociales, tecnológicos o culturales, adquieren entidad propia, abarcando una concepción nueva,

¹¹⁶ Tenemos, entre infinidad de ejemplos, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 1124-2001-AA/TC, fundamentos jurídicos 8 y 12.

¹¹⁷ Que han sido llamados por el Tribunal Constitucional “contenidos implícitos de los derechos viejos”. Así, consideró el Colegiado, “sucede con el derecho a un plazo razonable y su consideración como contenido implícito del derecho al debido proceso” (STC Exp. N.º 0895-2001-AA/TC, f. j. 5) o el derecho a interrogar testigos que “constituye un elemento esencial del derecho a la prueba, el mismo que es contenido implícito del derecho al debido proceso” (STC Exp. N.º 1808-2003-HC/TC, f. j. 2)

de la que carecía el derecho fundamental precedente al cual se vincula, ampliando su ámbito de tutela y redefiniendo su contenido.¹¹⁸

c) Derechos implícitos en dispositivos constitucionales no declarativos

Son aquellos derechos reconocidos mediante la interpretación teleológica de determinadas disposiciones constitucionales que si bien no reconocen o declaran derecho fundamental previo alguno, sirven de parámetro para desentrañar un contenido intrínseco fundamental.¹¹⁹

V. Cláusula de derechos no enumerados

La Constitución Política dentro de su contenido establece una cláusula abierta de derechos fundamentales, o también llamados derechos no numerados, por no estar reconocidos en el artículo 2° de la Constitución, o sus demás articulados; reconociendo así textualmente la posibilidad de desarrollar contenido nuevo respecto a derechos fundamentales, otorgándole una calidad evolutiva al texto constitucional. Si bien, la incorporación de dichas cláusulas, resta rigidez a las constituciones, posibilita por otro lado, la tutela de situaciones nuevas, merecedoras del mismo resguardo constitucional, principalmente por desprenderse del principio de dignidad humana.

Es así que el artículo 3° de carta fundamental, establece claramente el

¹¹⁸ Es el caso del derecho a la objeción de conciencia, llamado por nuestro Tribunal “contenido nuevo de un derecho viejo” en la STC Exp. N.° 0895-2001-AA/TC; en este sentido, precisó el Tribunal que: “habiéndose considerado que, en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia”

¹¹⁹ Así sucedió con el derecho fundamental al ahorro, extraído del artículo 87 de la Constitución. En la STC Exp. N.° 0905-2001-AA/TC el Tribunal afirmó que, en ese caso, a pesar que “los denominados [por la recurrente] ‘derechos a la banca y a la garantía del ahorro’ no constituyan derechos constitucionales, ni que, en caso de tener la naturaleza de derechos subjetivos, puedan ser susceptibles de protección mediante el amparo”, se podía evaluar la lesión de los demás derechos alegados. En posterior sentencia, STC Exp. N.° 410-2002-AA/TC, nuestro Colegiado recién señaló que “A juicio del Tribunal Constitucional, a través de dicha cláusula de la Norma Suprema [artículo 87], se ha reconocido el ahorro en cuanto derecho constitucional y como garantía institucional”

contenido de su alcance y las razones sobre las que se fundamenta tal reconocimiento:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o 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”.

Cabe anotar que los derechos fundamentales incluidos en el alcance del artículo 3º, se encuentran bajo la tutela de los denominados procesos constitucionales de tutela de la libertad, dotándoles de real eficacia, a través de un mecanismo judicial de exigibilidad, situación que diferencia entre un derecho de carácter fundamental y un derecho de orden legal derivado de un derecho fundamental.¹²⁰

Finalmente, es menester recalcar que el desarrollo de derechos no numerados, mediante la cláusula de *“numerus apertus”*, ha sido ejercido únicamente por la jurisdicción constitucional, ya que ellos desde su especial rol, son: *“los llamados a determinar si, con el tiempo, un atributo subjetivo no previsto originariamente en la Constitución puede ser catalogado (...) como un derecho constitucional.”*¹²¹

VI. Teorías en razón al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales

6.1. Norma general de libertad

Cuando buscamos identificar el contenido de la norma general de libertad, cabe recordar que la misma puede o no configurarse expresamente y que dimana de un cumulo de principios y derechos propiamente dichos, los

¹²⁰Al respecto, véase las STC Exp. N.º 1257-2000-AA/TC, f. j. 3 y STC Exp. N.º 0895-2001-AA/TC, f. j. 5.

¹²¹Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0316-1998-AA/TC, f. j. 3.

cuales informan al ordenamiento constitucional en su conjunto, conformándose un bloque que da sustento a la “libertad” como derechos y principio de alcance vastísimo, colocándose así a la libertad en primer orden de tutela, siendo intolerable cualquier restricción irrazonable. Siendo fundamental en cualquier sistema normativo, extendiéndose al ámbito de la autodeterminación, lo cual, conlleva entender a la libertad como una “libertad genérica”.

Son varios los ejemplos que podemos encontrar en nuestra Constitución en torno a la existencia de “una norma general de libertad”, verbigracia, el derecho a la vida, que se encuentra reconocido en el artículo 2.1° de la Constitución, y que exige no solo el respecto a la vida como deber negativo del Estado, sino también añade a su contenido el derecho al respecto al proyecto de vida, el bienestar personal, entre otros.

Del mismo modo, los numerales 3 y 4 del artículo 2° de la carta política, garantiza el derecho a la libertad de conciencia así como a la libertad de expresión, como manifestaciones de aquella “*libertad genérica*”. Uno de los ejemplos más relevantes se encuentra en el numeral 24 del artículo 2°, quien apelando a la “*libertad genérica*” señala que: “[...] *nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*”

Estas manifestaciones de la libertad, son como derechos fundamentales propiamente dichos, no solo en mérito al *numerus apertus* del artículo 3° de la Constitución, sino por su capacidad para concretar fines constitucionales de igual valía como la libertad y la dignidad humana, los cuales por antonomasia son derechos fundamentales. No obstante, la incorporación de una “*cláusula general de la libertad*”, en la Constitución no puede conllevar al ejercicio ilimitado de la libertad, por lo que el legislador constituyente ya estableció en el propio texto constitucional. Límites sustantivos al ejercicio de la libertad, los cuales están delimitados

por el ejercicio de otros bienes constitucionales de igual relevancia, por ejemplo el derecho de propiedad que puede ser restringido en mérito al interés común, razones de seguridad, o el a reunión que puede ser limitado por razones de salud pública, límites que son conocidos como extrínsecos.

Mientras que los límites intrínsecos son los límites propios de su ejercicio o materiales en todo caso; es así que el ejercicio del derecho a la huelga requiere como presupuesto legitimador la defensa de derechos laborales, mientras que el derecho de defensa, requiere una agresión injustificada, debiendo su ejercicio ser razonable.

6.2. Norma de clausura del sistema de libertades

Dicha norma es un correlato de la norma general de libertad, pero establece límites que deben existir frente al ejercicio de la libertad. Su incorporación en los textos constitucionales no necesita de una prescripción normativa constitucional expresa, considerando que puede emanar de diversas disposiciones constitucionales, los cuales fungen de límite para su ejercicio.

En tal forma y considerando los límites existentes a la libertad, encontramos en el numeral 24 del artículo 2° de la Constitución, una prescripción normativa constitucional genérica que señala que: *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*. Bajo una interpretación en contrario sensu, la existencia de mandatos o reservar a los derechos delimitaría el ejercicio de la libertad.

Sobre dicho alcance interpretativo, cabe recordar que toda norma que buque limitar o restringir derechos fundamentales, no encontrará asidero si es que no expone adecuadamente los fundamentos de su contenido, no

pudiendo hacerlo irrazonablemente, siendo la justificación, el parámetro legitimador de su intervención o modulación.

En consecuencia, el legislador no puede restringir arbitrariamente el ámbito de la libertad, en todo caso, dichas restricciones deben orientarse conforme a la Constitución. En tal sentido, es importante recordar dos artículos de nuestra Constitución –*para el caso peruano*–, los cuales restringen la intervención del legislador, como es el artículo 1° de la Constitución, que establece como fin supremo del Estado, “*la defensa de la persona y al respeto de su dignidad*”, así como el artículo 44°, que considera como deber del Estado el de “*garantizar la plena vigencia de los derechos humanos*.”¹²²

6.3. Principios constitucionales implícitos

La existencia de principios constitucionales son fundamentales para el reconocimiento de nuevos derechos, al considerar que algunos enunciados podrían partir de los mismos. En ese mismo sentido, encontramos el principio que obliga la interpretación de los derechos conforme a los tratados internacionales a los cuales el Estado se haya hecho parte, conforme lo señala la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra carta fundamental, cuyo contenido complementa el catálogo de derechos fundamentales con aquellos reconocidos en instrumentos internacionales, tal y como dispone la Constitución.¹²³

¹²² El Tribunal ha establecido que estos artículos constitucionalizan un “deber especial de protección”, referido a la exigencia que cabe hacer al Estado y sus órganos para que “establezcan o adopten medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos, cuando estos han sido vulnerados o puestos en peligro por obra de terceros”, ello en la STC Exp. N.° 0858-2003-AA/TC.

¹²³ Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Ello permite, en concordancia del artículo 55° (que estipula que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”), ampliar el contenido de ciertos derechos o incorporar garantías, como sucede con el ya mencionado derecho a interrogar testigos o la garantía de no incriminación, contenidos en la STC N° 1808-2003-HC/TC, f. j. 2 y 7.

Al respecto, se debe tener en cuenta la naturaleza binaria de los derechos fundamentales, los cuales se constituyen como principios ordenadores que irradian su efecto en la normativa constitucional y los actos del estado, verbigracia, el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 139° de la Constitución, que establece los principios de la administración de justicia, los mismos que se constituyen en derechos procesales exigibles por los ciudadanos.

Cabe señalar que no todos los principios sobre los que se acepta el desarrollo de derechos fundamentales innominados, son expresos; hallando en la constitución principios constitucionales implícitos los cuales se incorporan al marco constitucional como resultado de la interacción o el reconocimiento expreso de otros principios derivados o inherentes a los mismas, inclusive por ser propios del orden constitucional. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia los siguientes principios implícitos como: el principio de economía social de mercado¹²⁴, pro consumidor¹²⁵, humanidad de las penas¹²⁶, no confiscatoriedad en materia tributaria,¹²⁷ así como uno de los principios más recurridos en materia legislativa e interpretativa, el principio de seguridad jurídica¹²⁸

¹²⁴ STC N° 0008-2003-AI/TC, f. j. 4.4. También se hace referencia a los principios de libre iniciativa privada y de actuación subsidiaria del Estado en la economía.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. 0018-2003-AI/TC, f. j. 2.

¹²⁶ STC N° 1429-2002-HC/TC, f. j. 4.

¹²⁷ STC N° 2727-2002-AA/TC, f. j. 4 y 5.

¹²⁸ Cfr. las STC N° 0009-2001-AI/TC, f. j. 18; STC N° 0016-2001-AI/TC, f. j. 3 y 4; STC N° 0004-97-I/TC, f. j. 5 y 6; STC N° 0341-2000-AA/TC, f. j. 8; STC N° 1546-2002-AA/TC, f. j. 4.

CAPITULO IV

LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

I. La constitución y su adaptación a nuevas circunstancias y el reconocimiento de derechos “no escritos”

Como bien sabemos, luego de la II Guerra Mundial muchos países incorporaron en sus textos constitucionales la Declaración de Derechos, la misma que se fue ampliando en la medida en que se dieron las reformas constitucionales en cada Estado. Pero también es importante reconocer que, al pasar los años, al darse avances científicos, culturales o sociales se hace necesario plantear el reconocimiento de “nuevos derechos” que deben ser albergados en nuestra Constitución, cuya protección tiene que darse al máximo nivel.

Cabe mencionar que no se tratan de necesidades o circunstancias nuevas, sino de situaciones existentes, pero sobre las cuales no se había hecho patente la necesidad de una especial protección jurídica, ello porque no era apreciable en su momento o porque quizás no se daban situaciones de amenaza o peligro para la misma. Por otra parte, también debemos considerar el cambio de mentalidad o las circunstancias sociales que conlleva a que debemos proteger jurídicamente determinadas actitudes o situaciones que antes no merecía protección. En ambas perspectivas estamos ante situaciones que ameritan la protección jurídica al más alto nivel lo cual conlleva al reconocimiento de “nuevos derechos”.

El texto constitucional debe tener una fórmula conciliatoria, lo cual conlleva a generar una estabilidad entre el marco jurídico que contiene y su adaptación a las circunstancias existentes y aquellas nuevas que

puedan generarse en la sociedad¹²⁹. Muchos podrían considerar que la mejor salida para este proceso de adaptación y reconocimiento de “nuevos derechos” en el texto constitucional sería una reforma; pero dicha respuesta no siempre es la más adecuada, dada que la constante exigencia de reconocer nuevas situaciones y necesidades conllevaría a una permanente reforma constitucional, la misma que se vería limitada por los propios mecanismos de reforma constitucional. En tal sentido, la interpretación de la Constitución y sobre todo aquella que realiza el Tribunal Constitucional, se convierte en el mecanismo más acorde y utilizado para el reconocimiento de derechos no mencionados expresamente en la carta fundamental, pero dicha fórmula solo sería efectiva en la medida que la Constitución comprenda garantías que permitan desarrollar un fundamento jurídico de “nuevos derechos” aunque estos no estén reconocidos

Todo ello conlleva a que puedan existir “derechos constitucionales no escritos” como bien señala el profesor español Francisco Díaz Revorio¹³⁰ quien reconoce la necesidad de derechos no previstos en forma explícita y concreta en el texto constitucional, pero que de una u otra manera podrían alcanzar la protección que dispensa el mismo.

1.1. Las fórmulas en el texto constitucional para la inclusión de “nuevos derechos”

Como lo hemos visto anteriormente, la existencia de nuevas necesidades que sean amparadas constitucionalmente conlleva a establecer mecanismos en la Constitución para su incorporación, los mismos que pueden ser mediante una “lista abierta”, incorporación de “nuevos derechos” o la implementación de una “norma general de libertad”, todas ellas con el mismo fin.

¹²⁹ En este sentido, **E. ESPIN TEMPLADO**, Lecciones de Derecho Político, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 97.

¹³⁰ **DÍAZ REVORIO, Francisco**, Interpretación de la Constitución y justicia Constitucional, Ob. Cit. p. 200.

Para incluir en la Constitución “nuevos derechos” es necesario que existan adecuados fundamentos para proteger los mismos indistintamente que exista una lista de derechos “escrita”, la misma que en su contenido no puedan alcanzar la protección adecuada a nuevas situaciones que podrían convertirse como derechos constitucionales “no escritos”.

En ese orden de ideas la dificultad de implementar estos “nuevos derechos” obliga a realizar un análisis en relación al contenido esencial de cada derecho, los cuales deben guardar relación con el texto constitucional. De esta forma en la mayoría de los sistemas occidentales contemporáneos se ha ido reconociendo derechos constitucionales “no escritos”, para lo cual se ha utilizado fundamentos constitucionales basados en algún artículo de la norma fundamental o bien se ha recurrido a la argumentación como elemento fundamental para resolver determinados supuestos. Si bien es cierto, puede existir distintos fundamentos jurídicos constitucionales para interpretar los artículos de la Constitución, debe tenerse en cuenta que dicha interpretación debe ser compatible entre sí a efecto de encontrar conjuntamente el sentido del texto constitucional.

Para tal efecto podemos recurrir a las siguientes experiencias:

a) Algunas Constituciones cuentan con una “lista abierta” de derechos

Aquellos textos constitucionales que cuentan con una “lista abierta” en sentido estricto son aquellos que tienen una enumeración de derechos, reconocen preceptos y que de alguna forma u otra reconocen que los derechos reconocidos en su texto no agotan el catálogo de derechos protegidos por la Constitución. En tal sentido encontramos la Constitución

de Estados Unidos¹³¹, la Constitución Mexicana de 1869, al igual que la Constitución de 1873 del mismo país.

Las bondades de una “lista abierta” es la permisibilidad del reconocimiento ilimitado de nuevos derechos “no escritos” pudiendo otorgar la mayor discrecionalidad a los principales Tribunales de interpretar la Constitución, para establecer que nuevos derechos alcanzarán reconocimiento constitucional. Cabe señalar también que no todos los países que cuentan con lista abierta han utilizado dicha potestad al momento de reconocer nuevos derechos fundamentales, tal es el caso como el norteamericano.

b) Algunas constituciones reconocen expresamente ciertos valores generales

Los mismos que pueden actuar como fuentes de Derecho no escrito. En tal caso recurrimos a valores especiales como la libertad y la dignidad como elementos primigenios para la formulación genérica de contenidos normativos que puedan dar cobertura prácticamente a cualquier nuevo derecho cuyo reconocimiento se genera de acuerdo a las circunstancias¹³².

La mención de ciertos valores sobre todo el de la libertad conlleva a preguntarnos cuál es el alcance de tal derecho, conllevando ello a preguntarnos también si existe una norma general de libertad, la cual pudiera comprender a todas las manifestaciones del ejercicio de la libertad, en tal caso podríamos establecer una bidimensionalidad de tal derecho.

¹³¹ Enmienda IX, La enunciación de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada de tal modo que se niegue o menoscabe otros que conserva el pueblo.

¹³² Además de la Constitución peruana, podemos encontrar menciones de este tipo, por ejemplo, en la Constitución de España, en la ley Fundamental de Bonn, Art. 1.1. La dignidad del hombre es intangible; artículo 2.1. La libertad de la persona es inviolable. De igual forma en la constitución de Estados Unidos, que contiene varias menciones genéricas a la libertad (preámbulo, enmiendas V y XIV). En el artículo 13° de la Constitución Italiana “la libertad personal es inviolable”, aunque en este caso estamos ante el reconocimiento de la libertad personal como derecho, encuadrable más bien en el tercero de los fundamentos posibles que vamos a ver.

Inicialmente debemos considerar que la norma general de libertad implica que la libertad no puede restringirse o limitarse de manera arbitraria para tal caso adquiere valor el aforismo “lo que no está prohibido, está permitido”, lo cual conlleva a que toda restricción debe encontrar un fundamento directo o indirecto en la propia Constitución. En tal sentido podemos señalar que la idea no es que “lo que no se prohíbe, está permitido, sino más bien, que está permitido lo que no se debe prohibir”¹³³.

c) Podemos reconocer el valor libertad asociado al libre desarrollo de la personalidad

Dicha perspectiva permite el reconocimiento posterior de derechos “no escritos” siempre y cuando estos nuevos derechos formen parte de la libertad general de actuación. En tal sentido la calificación de “no escritos” debe entenderse como aquellos derechos que no están reconocidos de forma expresa e implícita dentro de la norma general de la libertad, ya sea como supuesto inicial, o dentro de cualquier otro derecho que comprenda la posibilidad de actuar libremente.

Es una tarea compleja el distinguir cuándo una nueva manifestación de la libertad es solo eso, es decir, es una manifestación inmersa de la norma general de libertad, y cuándo esta alcanza la nueva categoría de nuevo derechos “no escrito”. Si partimos de la norma general de la libertad cualquier manifestación de esta tendrá amparo constitucional y su configuración como derecho autónomo dependerá de la clasificación que la jurisprudencia le otorgue. Caso contrario si encontramos manifestaciones no inmersas en la norma general de la libertad nos encontramos frente a un derecho “no escrito”, lo que suele venir acompañado, o ser consecuencia de una nueva necesidad o exigencia social reconocida como tal. En ambos casos lo realmente importante

¹³³ En ese sentido. Luis PRIETO SANCHIS, La limitación de los derechos fundamentales y la norma clausura de libertades, en Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990, pp. 153 ss., en concreto p.164.

cuando se produce un reconocimiento de un nuevo derecho no es exactamente su autonomía para configurarse como tal (interesante desde el punto de vista teórico), sino realmente llama la atención cuál es su posición constitucional desde el punto de vista de su protección o garantía en el texto constitucional.

El reconocimiento de nuevos derechos puede encontrar un fundamento no general sino particular, o concreto, lo cual se manifiesta en la particularidad de cada uno de los nuevos derechos no escritos. Esta peculiaridad diferencia los nuevos derechos de aquellos que están expresamente reconocidos en la Constitución, los cuales si bien en algún momento protegieron todas las circunstancias posibles no fueron suficientes para albergar nuevos hechos. En tal caso podemos señalar que más que “derechos no escritos” estaríamos hablando de “manifestaciones no escritas” de los derechos que si están escritos.

Cabe recordar que puede darse ciertos casos donde determinados derechos constitucionales tiene un amplio contenido que permite albergar diversas manifestaciones no previstas expresamente en su contenido, o que quizás inicialmente no formaban parte del mismo; o simplemente manifestaciones u exigencias que no se habían planteado con anterioridad pero que en un momento determinado puedan generarse manifestaciones que estén inmersas dentro del derecho reconocido, o son consecuencia de este, pese a las diferencias que pudiesen encontrarse en la manifestación del derecho generado pero que no conllevan a su desprotección.

Uno de los derechos que puede albergar nuevas manifestaciones o generar nuevos derechos es sin duda el derecho a la libertad, el mismo que puede interpretarse en sentido restrictivo al momento de proteger la libertad física, ello en relación a la privación de la libertad pero que también puede conllevar a alcances más amplios al momento de albergar

el ejercicio de la libertad – autonomía del ser humano el cual conocemos como el libre desarrollo de la personalidad.

En tal sentido, una interpretación amplia al “derecho de la libertad”, como fundamento para la creación de nuevos derechos, puede resultar peligrosa en la medida que no toda libertad individual se convierte en derecho; sin embargo, el derecho a la libertad personal plantea menos problemas a la hora de reconocer dimensión subjetiva a los nuevos derechos reconocidos, ello en la medida que se refiere a aspectos específicamente físicos o de integridad¹³⁴.

II. Consideraciones de la perspectiva comparada.

Es importante analizar la tratativa sobre nuevos derechos fundamentales en la perspectiva del derecho comparado, ello en forma sucinta por lo cual revisaremos algunos casos como Italia o Alemania que faculta al Tribunal Constitucional en dicha tarea, mientras que en otro extremo Estados Unidos o Francia ponen de manifiesto las nuevas necesidades o exigencias que hace posible alcanzar un reconocimiento constitucional.

2.1. Estados Unidos

Es importante recordar que en la Constitución americana cuenta con una enmienda (la IX) que convierte la declaración de derechos en una lista abierta, sin embargo, debe recordarse también que dicha enmienda no ha sido el motivo principal para el reconocimiento de “nuevos derechos”, sino que dicha tarea se encuentra contenidas en las enmiendas V y XXIV en cuyo contexto, claramente procesal penal, se estableció que no se privará a nadie “de la vida, la libertad y la propiedad *sin el debido proceso legal*”.

¹³⁴ Además, en sistemas como el español la diferencia sería aún más importante, ya que los derechos que pueden derivar del derecho fundamental a la libertad personal tendrían dicho carácter fundamental, y la especial protección que a los mismos dispensa el artículo 53.2, lo que no sucedería con los derechos derivados del valor libertad. En todo caso, y como veremos más adelante, la jurisprudencia constitucional es bastante clara en el sentido de que el artículo 17 de la constitución española protege sólo la libertad en sentido físico.

Ha sido el Tribunal Supremo Norteamericano el encargado de adaptar la Constitución a las cambiantes situaciones y exigencias sociales, lo cual ha conllevado que la Carta original americana se prolongue en el tiempo. En efecto, la cláusula del *due process of law* (debido proceso) fue dotada paulatinamente con un contenido sustantivo. De igual forma el derecho a la libertad inicialmente se utilizó para proteger la libertad económica, en esencia la libertad de contratación, anulándose una serie de leyes de protección a los trabajadores pero que luego tras una adecuada interpretación al contenido al derecho a la libertad se protegió al trabajador, ello a través de la sentencia *Lochner Vs New York* 1905¹³⁵.

De igual forma el fundamento al derecho a la libertad se ha situado también en otras enmiendas y preceptos de la Constitución como es el caso de la VIII enmienda, la misma que buscaba la prohibición de castigos crueles o inusuales, lo cual ha sido desarrollado por el Tribunal Supremo Norteamericano.

Una sentencia que marcó un hito histórico en Norteamérica es el caso *Griswold Vs Connecticut*¹³⁶, en la cual el Tribunal Supremo señala que puede existir derechos no reconocidos expresamente en el *Will of Rights* ya que la misma contiene garantías que pueden ser extendidas y generar vida a nuevas situaciones que merecen protección.

El derecho a la privacidad ha evolucionado largamente en el derecho americano como es el caso del derecho al aborto como manifestación del mismo, aunque dicho derecho puede limitarse culminado el primer trimestre en atención a la protección de la salud de la madre, y al final del

¹³⁵ En la sentencia U.S. 45 (1905), cuyo antecedente más próximo fue *Allgeyer v. Louisiana*, 175 U.S. 578 (1897), fue seguida de otras en la misma línea durante el primer tercio del siglo, inaugurando toda una "era" a la que puso fin el caso *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

¹³⁶ En la decisión 381 U.S. 479 (1965), el Tribunal reconoce el derecho a usar anticonceptivos entre personas casadas. Posteriormente, este derecho se extenderá a personas solteras en *Eisenstadt v. Baird*, y más tarde se anularía la prohibición de venta a menores de 16 años, y la exigencia de venta en farmacias para adultos. (*Carey v. Population Services International*).

segundo trimestre en protección de la vida potencial tal como se ve en la famosa sentencia *Roe Vs Wade*¹³⁷.

Finalmente, debemos recordar la enmienda XXIV o llamada *equalprotection* la cual ha sido utilizada concurrentemente por el Tribunal Supremo Americano dentro de su intensa actividad creativa, ello para generar el reconocimiento de una serie de “categorías sospechosas de discriminación” lo cual ha conllevado al reconocimiento de una serie de derechos de determinados grupos o colectivos, de igual forma ha servido para dismantelar el sistema de segregación racial.

2.2. Alemania

El sistema alemán ha encontrado un precepto que se ha convertido en un elemento fundamente para el reconocimiento de derechos constitucionales no expresados dentro del texto constitucional, para tal caso el artículo 2.1 de la Constitución señala:

“Todos tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o a la ley moral”.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán le ha otorgado una múltiple interpretación al citado artículo, señalando que contiene “un derecho fundamental independiente que garantiza la libertad general de la acción humana”, en tal sentido toda persona puede fundamentar a través de un recurso de inconstitucionalidad, que una ley que restrinja su libertad de acción no pertenece al orden constitucional al lesionar su libertad y libre desarrollo, los cuales son principios constitucionales generales que tiene mayor preferencia frente a la ley, al respecto existen dos interpretaciones distintas al libre desenvolvimiento de la personalidad, por un lado como regla de interpretación general pero no como un derecho subjetivo; por

¹³⁷ La doctrina ha sido mantenida en su esencia en diversos casos. *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1973) y sobretodo en *Webster v. Reproductive Health Service*, 492 U.S. (1989).

otro lado como derecho fundamental genérico capaz de influir determinados derechos fundamentales individuales no protegidos por los derechos fundamentales especiales contemplados en la Constitución. Lo resaltante del caso Alemán es que el Tribunal Constitucional Federal lo ha considerado como un derecho subjetivo de libertad general¹³⁸ por tanto el artículo 2.1 de la Constitución Alemana puede ser considerado como una “norma general de libertad” la cual puede brindar protección constitucional a cualquier derechos de libertad no escrito, en ese sentido no se trata de identificar la amplitud del derecho general a la libertad, sino en qué medida cabe, y con qué fundamentos, se puede establecer restricciones al mismo. El propio artículo 2.1 señala como límites los derechos de otro, el orden constitucional y la ley moral

2.3. Italia

La Corte Constitucional Italiana también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la lista de derechos constitucionales “no escritos” ello, dentro de su texto constitucional. Se advierte de la jurisprudencia existente que no hay un acuerdo en razón a fundamentos determinados o fundamentos propiamente dichos para el reconocimiento de derechos fundamentales.

Según el artículo 2° de la Constitución, “la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre...”, el párrafo 2do del artículo 3° hace mención del pleno desarrollo de la personalidad humana y el artículo 13° reconoce que “la libertad personal es inviolable”.

¹³⁸ En el caso “Elfes” desde esta sentencia, la jurisprudencia alemana constantemente ha reconocido este derecho general de libertad, por ejemplo, BverfGE 13, 21 (26); 20, 150 (154-161). Puede verse, con cita más amplia y comentario de esta jurisprudencia, R. ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 331 y ss.

Frente a tales enunciados constitucionales cabe preguntarse si la declaración de derechos contemplada en el artículo 2º, es una “lista abierta”. Sobre tal punto existen dos posiciones¹³⁹.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, la misma que es cambiante, si bien no se ha pronunciado en reconocer una “lista abierta” dentro de la Constitución, ha reconocido ciertos derechos “no escritos” basándose principalmente en el artículo 2º sin la necesidad de vincular los mismos con otros preceptos constitucionales, tal es el caso del derecho a disponer libremente de la sexualidad (libertad sexual)¹⁴⁰, como también el derecho al nombre y apellido¹⁴¹. De igual forma podemos señalar antecedentes que si bien es cierto han considerado el artículo 2º de la Constitución Italiana, ha servido para dotar de rango constitucional a derechos reconocidos en convenios internacionales; así sucedió con el *diritto all'riservatezza*, que protege a la persona frente a invasiones de su esfera más íntima y reservada, que deriva de los artículos 8º y 10º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Otras veces la Corte Constitucional ha señalado que no puede reconocer derechos fundamentales que no tengan fundamento o precepto constitucional. En otras ocasiones ha exigido una *relación de consecuencia* necesaria con algunos derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, en otra decisión ha requerido solo una *conexión* con tales derechos, a veces se ha referido a la exigencia de un

¹³⁹ A favor del carácter abierto se pronuncia A. BARBERA, Artículo 2º, en *Commentario della Costituzioni*, Zanichelli-Foro italiano, Bolonia-Roma, 1975, pp. 50 ss., especialmente 80 y ss.

En cambio, A. PACE, *Problemática delle libertà costituzionale*, Cedam, Padua, p. 4 ss. Se muestra contrario a esta consideración, como también P. BARILE, *Diritti del nome e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bolonia, 1984, p. 54 ss.

¹⁴⁰ Sentencia N° 561 de 1987. Puede verse el comentario a la misma de L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, en Il Foro italiano, 1989, I. pp. 2113 ss.

¹⁴¹ Sentencia N° 13 de 1994, de 3 de febrero; sentencia N° 1 227 de 1996. Esta última sentencia establece el derecho del hijo natural que es reconocido a mantener el apellido anterior; anteponiéndolo o añadiéndolo al apellido del progenitor que lo ha reconocido. Comentario sobre ello, lo podemos encontrar en G. FERRANDO, *Diritto all'identità personale e cognome del figlio naturale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 4, pp. 2479 ss.

vínculo con otros preceptos constitucionales, y otras ha requerido que dicho vínculo sea directo e inmediato.

Si bien es cierto no existe una jurisprudencia clara y uniforme a la hora de señalar un fundamento para el reconocimiento de derechos constitucionales “no escritos”, lo cierto es que la lista de estos ha ido creciendo. A los derechos ya señalados podemos incorporar el derecho del concebido a nacer, el derecho a la identidad sexual, la libertad de conciencia, y alguna de sus manifestaciones (objeción de conciencia al servicio militar), el derecho a la integridad psicofísica de la persona, el derecho a la inviolabilidad de la psique, el derecho del reconocimiento *pleno iure* de la familia, el derecho de la rectificación de noticias falsas que afecten a un individuo, o el derecho a la vivienda, entre otros.

Un punto destacable en la justicia constitucional italiana es el amplio reconocimiento del derecho a la libertad personal que se ha entendido en un sentido más amplio que nuestro sistema, al comprender manifestaciones como disponer sobre el propio cuerpo.

En tal sentido es debatible que pueda hablarse en Italia de una “lista abierta” de derechos, y tampoco puede afirmarse que se reconoce una “norma general de libertad” capaz de generar nuevos derechos de libertad. Pero los efectos en la práctica han sido diferentes a la teoría considerando que se han individualizado casos y fundamentos de orden constitucional para el reconocimiento de derechos constitucionales “no escritos”, cuyo número ha ido aumentando. Dicha disociación entre la jurisprudencia y la teoría ha conllevado a un avance lento y en algunos casos al rechazo a reconocer otros derechos “no escritos”.

2.4. Francia

Si bien es cierto los referentes son Italia y España no podemos negar que Francia ha tenido un cierto grado de amplitud en razón al reconocimiento

de nuevos derechos fundamentales, ello en base a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual ha sido integrada en la Constitución Francesa de 1946 y en la actual de 1958. El preámbulo de la Constitución de 1946 trataba de actualizar la Declaración de Derechos reconociendo otros “particularmente necesarios en nuestros días” los cuales eran básicamente de carácter socioeconómicos, lo cual ha conllevado a que las múltiples circunstancias existentes a tal reconocimiento obliguen al Consejo Constitucional a plantearse el reconocimiento de “nuevos derechos”.

El Consejo Constitucional Francés ha reconocido derechos no escritos de rango constitucional para lo cual ha recurrido a fundamentos de carácter genérico como el contemplado en el preámbulo de la Constitución de 1946 que reconoce “los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”¹⁴². Dicha labor se ha visto complementada posteriormente por el propio Consejo Constitucional mediante una categoría genérica denominada “principios de valor constitucional”, que son aquellos principios que no están contenidos en el texto constitucional pero que tienen rango constitucional.

En tal sentido el Consejo Constitucional ha reconocido por ejemplo la libertad de asociación, la libertad individual, la libertad de enseñanza y de conciencia, el principio de independencia de los profesores de universidad, recurriendo a tal caso a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Basándose en los principios de valor constitucional ha reconocido el principio del respeto a todo ser humano desde el comienzo de la vida, o la libertad de desplazamiento, utilizando para tal caso diferentes preceptos constitucionales, categorías jurídicas o doctrinales como fuentes de los derechos fundamentales.

¹⁴² **PONTHOREAU, M. C.**, *La reconnaissance des droits non-écrits-par les Cours Constitutionnellesitalenne et française*, Paris, Económica, 1994, p. 245.

2.5. España

La doctrina y la jurisprudencia española ha desarrollado una relación bipolar en razón del reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales, si bien se ha escrito mucho sobre el tema en el ámbito doctrinario, el Tribunal Constitucional no ha desarrollado una labor proactiva comparable a otros sistemas, encontrando respuesta a ello podemos inferir el amplio reconocimiento de derechos que contiene la Constitución Española y el poco activismo judicial optado por el Tribunal Constitucional Español.

La Constitución Española no tiene un precepto que explícitamente convierta la declaración de derechos en una declaración abierta, en tal caso puede recurrirse al principio que “los derechos inviolables que le son inherentes a la persona” pueden servir para defender la idea de una lista abierta, pero en todo caso falta una mención expresa que indiquen que los “derechos escritos” no agotan el catálogo de los derechos que la Constitución reconoce.

Por otro lado, podemos percibir que la Constitución Española contiene una “norma general de libertad” o un “derecho general de libertad”, ello se advierte en el artículo 10.1 que reconoce el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y la paz social, texto similar a la Constitución Alemana.

Parte de la doctrina ha encontrado fundamento constitucional para el reconocimiento de nuevos derechos constitucionales, para ello se ha basado “en el libre desarrollo de la personalidad” contemplado en el artículo 10.1 de la Constitución Española¹⁴³. Para nosotros, en la presente investigación, consideramos que en el sistema español existe una norma general de libertad el cual se funda en el libre desarrollo de la personalidad y en la propia libertad de los individuos, derechos que son

¹⁴³ **RUIZ-GIMENEZ CORTES, J.**, Comentario al artículo 10.1, en O. Alzaga (Dir.) Comentarios a las leyes políticas, Vol. II, Edersa, Madrid, pp. 123 ss., donde destaca que en el libre desarrollo de la personalidad “se vislumbra el progresivo enriquecimiento del haz de derechos y deberes fundamentales que la “conciencia colectiva” de la humanidad vaya alcanzando.

inherentes a la persona así como el reconocimiento de su dignidad, lo que conlleva a reconocer la existencia de nuevos derechos “no escritos”, lo cual no impide que dichos nuevos derechos por su relación con otros derechos expresamente recogidos en la Constitución puedan derivar de los mismos.

III. Derechos que pueden ser incorporados en el Perú

La revisión de la jurisprudencia en diversos países y sobretudo el pronunciamiento de tribunales internacionales ha conllevado a que podamos identificar algunos derechos que pueden ser recogidos por nuestro país, los mismo que enunciamos y desarrollamos.

3.1. Derecho a la protección de datos y derecho al olvido digital

No constituye ninguna novedad que la globalización y la tecnología son dos realidades que actualmente caminan inescindiblemente, con el fin de coadyuvar a la realización de los fines de la sociedad. Como se ha sostenido desde un inicio, con la presente investigación se pretende exponer brevemente los supuestos nuevos derechos humanos que involucren un proceso de cambio a nivel constitucional de los países que cada día persiguen amparar la dignidad de las personas. En ese sentido, la nueva era ha propiciado el surgimiento de nuevos derechos como el de la Protección de Datos Personal y el Derecho al Olvido Digital. Estos dos derechos nuevos, ya han tenido pronunciamiento jurisdiccional a nivel internacional, lo cual nos hace inferir, que su obiedad en algunos Estados, pronto será erradicada para dar paso a una nueva regulación, que busque cuidar a la persona en dicha materia.

a) Derecho a la Protección de Datos Personales.

La protección de los datos personales se amplía cuando se considera que la en la sociedad de las telecomunicaciones, los seres humanos somos objetos de observación desde la red, obligando con ello a buscar mecanismos de protección frente a los posibles abusos de quienes tienen

la capacidad de controlar las fuentes de información donde se expande datos, cuentas, historias de las personas que bien no pueden conocer de dicha actividad.

La doctrina señala que es un derecho autónomo para la protección de datos personales, sean íntimos o públicos, y por tanto con un ámbito de protección más específico e idóneo que el derecho a la intimidad, aunque en ocasiones concrete éste. Y es también un instituto de garantía de otros valores constitucionales (de forma especial intimidad personal y familiar, honor y propia imagen, pero también libertad Ideológica, religiosa, sindical¹⁴⁴.

b) Derecho al Olvido Digital

En palabras de Becerril, este derecho constituye la *eliminación, ocultamiento y cancelación de información pasada* de personas, aunque haya sido obtenida o publicada de forma lícita. Se trata de noticias o hechos que hayan ocurrido en el pasado y que puedan afectar el futuro de las personas, lo que se ha considerado como un avance más en la búsqueda de la protección de los individuos en Internet¹⁴⁵. Por su parte, Manzanero Jiménez y Pérez García-Ferrería, señalan que este derecho permite al afectado oponerse a un tratamiento que por satisfacer un interés público no requiere su consentimiento, siempre que alegue motivos fundados y legítimos referidos a una concreta situación personal, que habrán de ponderarse, y siempre que una ley no obligue a ese tratamiento de datos¹⁴⁶.

¹⁴⁴ **MANZANERO JIMÉNEZ, Lorena y PÉREZ GARCÍA-FERRERÍA, Javier.** Sobre el derecho al olvido digital: una solución al conflicto entre la libertad de información el derecho de protección de datos personales en los motores de búsqueda, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 32, junio 2015, Dykinson, Madrid, 2015, p. 472.

¹⁴⁵ **BECERRIL, Anahib A.** La protección de datos personales en la red y el derecho al olvido digital, en Revista CubaLex, Núm. 36, enero 2016, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Cuba, 2016, p. 23.

¹⁴⁶ **MANZANERO JIMÉNEZ, Lorena y PÉREZ GARCÍA-FERRERÍA, Javier,** Ob. cit. p. 427.

Por su parte Fernández Cabrera, sostiene que este derecho guarda relación con la garantía de *habeas data* y la protección de los datos personales, entendiéndose como la facultad que tiene el individuo sobre datos personales para borrarlos, bloquearlos o suprimirlos, cuando contengan información personal que se considere obsoleta por el transcurso del tiempo o que de alguna manera afecte el libre desarrollo de alguno de los derechos fundamentales del sujeto titular del mismo. Esta facultad puede vincularse, coexistir o chocar en ocasiones con el *habeas data*, los derechos de la personalidad y la libertad de expresión.

3.2. El Derecho a la verdad

A este derecho se le puede conceptualizar como un derecho inalienable de cada persona a conocer los hechos y circunstancias en las que se produjo vulneraciones a los derechos humanos, así como conocer a los autores y destino final de las víctimas. Es de carácter colectivo e individual. Es colectivo en tanto busca esclarecer hechos que, por su naturaleza, representan una seria vulneración al deber estatal de respeto y protección de la vida y libertades individuales. Es individual porque es un derecho intrínseco de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares a conocer la verdad respecto a los hechos lesivos a sus derechos fundamentales.

Asimismo, impone una obligación del Estado, en la medida que éste se encuentra obligado a brindar todas las herramientas necesarias para esclarecer los hechos (comisiones de la verdad, bancos genéticos, archivos estatales en buen estado, adecuados equipos de antropología forense, etcétera) y, de ser pertinente, asegurar una adecuada investigación judicial¹⁴⁷. Para el profesor Landa Arroyo, el derecho a la verdad, aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional, es un derecho plenamente protegido, derivado en primer

¹⁴⁷ **GRÁNDEZ MARIÑO, Agustín**, El derecho a la verdad como proceso histórico: la experiencia argentina en la búsqueda de justicia y verdad, en Revista Foro Jurídico, Núm. 15, enero 2016, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 342.

lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que, en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollarse los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente¹⁴⁸.

Por otra parte, Bernalles Rojas, lo conceptúa como aquel derecho que tiene la víctima de una violación de sus derechos esenciales, que emanan de su naturaleza humana, como también su familia y la sociedad, a disponer de un recurso efectivo (rápido y sencillo) que le permita conocer la verdad del abuso sufrido o cometido, el reconocimiento público del sufrimiento infringido y las medidas de reparación que sean pertinentes y oportunas al caso; verdad que debe intentar comprender la identificación de los autores, las causas que originaron el abuso, y, en el caso de las desapariciones forzadas y muertes, conocer las circunstancias en que ellas ocurrieron y el destino y ubicación de las víctimas o sus cuerpos¹⁴⁹.

En esa misma línea Kyriakpu, señala que, hay dos principales puntos de vista teóricos sobre el derecho a la verdad. Con una postura dinámica afirma la aparición de una norma relevante en el derecho internacional a nivel de pronunciamiento jurisprudencial, formando así doctrina jurisprudencial vinculante. Añade que existe un grupo minoritario que defiende la tesis de no existe el Derecho a la Verdad, siendo su exponente más representativo Lawrence Burgogrue, quien se basa principalmente en la falta de su reconocimiento expreso por la Corte IDH.

¹⁴⁸ **LANDA ARROYO, César**, Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional, Palestra Editores, 2010, p.

¹⁴⁹ **BERNALES ROJAS, Gerardo**, El derecho a la verdad, en Revista de Estudios Constitucionales, Núm. 2-2016, noviembre 2016, Universidad de Talca, Chile, 2016, p. 278-279.

3.3. Derecho a la unión de hecho

La unión de hecho puede ser vista como una institución del Derecho de Familia en el sentido que ya no resulta factible un "retorno" a la tradicional definición de matrimonio. En consecuencia, su reconocimiento lleva consigo identificar los problemas que acarrea Y ello, en mi opinión, no porque las soluciones patrimoniales a las que llega la jurisprudencia sean en sí mismas deficientes sino porque ignoran un aspecto de la convivencia no matrimonial que hoy día parece imponerse y que consiste en su función constitutiva de familia.

Es una figura nueva y surgida con el devenir de la transformación de la familia y su ordenamiento especializado, donde se representa una renovada imagen de las relaciones de pareja, originando que se distancie sustancialmente de lo que tradicionalmente se denominaba concubinato y se acerque cuantitativamente y cualitativamente al matrimonio, simbolizando ambas verdaderas instituciones de protección familiar. Se deduce de lo anterior, que lo hoy se denomina "unión de hecho" no puede equipararse al decadente y tradicional concubinato, ya que, si bien pueden coincidir en el elemento fáctico, se distancian de manera diametral en cuanto a la sustancia que persigue cada figura. Es decir, el concubinato que generaba pocos y limitados derechos para la pareja en el plano estrictamente patrimonial, se extinguió, ya no existe como forma de regular la realidad familiar de la pareja que cohabita con fines de conformar un hogar y en su lugar emerge la unión estable que viene acompañada de variadas facultades que salvaguardan a los compañeros, no sólo en el *statuto* patrimonial sino en un aspecto más importante y radical que es el plano personal¹⁵⁰.

El profesor Fernando Revoredo, señala que la protección de las familias bajo el nuevo constitucionalismo se concretiza en dos dimensiones. Si

¹⁵⁰ VARELA CÁCERES, Edison Lucio, Una lección. La unión estable de hecho, en Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Núm. 1, enero 2013, Venezuela, 2013, p. 339.

bien pone la atención en la familia como institución, también lo hace atendiendo a los derechos de los individuos que las conforman, ello como consecuencia de que dicha protección no se agota en la literalidad del mandato contemplado en el artículo 4° de la Constitución Política de 1993 sino que debe ser comprendido en relación a los principios constitucionales como la dignidad, igualdad y autonomía de la persona¹⁵¹.

El artículo 5° de la Constitución es una regla cuyas implicancias no pueden agotarse en una lectura literal y aislada de ella misma. Es cierto que, a diferencia de lo que notamos en el caso del matrimonio, del lenguaje utilizado se puede apreciar que la unión de hecho está constituida por la voluntad de un varón y una mujer.

El problema radica en que la disposición constitucional en cuestión coexiste con el principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual, de tal modo que la tarea que corresponde es la de encontrar una coherencia interna en el texto constitucional:

¿Si el principio de igualdad y el mandato de no discriminación proscriben las diferencias por razones de orientación sexual con el propósito de proteger a homosexuales, lesbianas y bisexuales –diferencias que de darse tendrían que evaluarse bajo un escrutinio estricto–, cómo se justifica que constitucionalmente la unión concubinaria sea definida como heterosexual?

La falta de reconocimiento de la convivencia de las parejas del mismo sexo produce una degradación respecto de la calidad de ser humano de quienes tienen una orientación sexual distinta al modelo cultural predominante. A ello se suma el reforzamiento en el imaginario social de

¹⁵¹ **FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad**, Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano, en Revista Foro Jurídico, Núm. 14, enero 2015, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 118.

una idea de sujetos de estatus inferior, cuyo resultado es la estigmatización e incluso la violencia contra quienes no encajan en el modelo sexual, produciéndose así un daño al tejido social. La sentencia dictada por la Corte Constitucional de Sudáfrica es aleccionadora en esta parte, al considerar que el daño que se produce a las parejas del mismo sexo va más allá de la privación de bienes materiales, pues la definición de matrimonio que las excluye sugiere no solo que su compromiso, relación y amor es inferior, sino que estas personas nunca podrán ser parte de la comunidad que la Constitución promete crear con igualdad para todos.

Si el daño producido con una diferencia de trato es el que hemos señalado, hay que preguntarse si acaso existe una razón tan poderosa que, a pesar de semejante impacto individual y social, justifique tal diferenciación.

No existe y más bien se debe comprender la formulación del artículo 5° en el contexto histórico en el que se gestó la Carta de 1993. En este sentido es preciso recordar que en el Perú las uniones de hecho alcanzaron reconocimiento constitucional recién con la Constitución de 1979 lo que llevó a darle un desarrollo legal en el Código de 1984.

El actual artículo 5° de la Constitución de 1993 es casi idéntico a la disposición de 1979 y consideramos que la falta de reconfiguración de diversas instituciones en el proceso constituyente de 1992-1993 se produjo porque la nueva Norma Fundamental que requería el régimen del entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori, luego del autogolpe de 1992, era hecha a su medida. Así, se repitieron sin mayor debate un significativo número de las disposiciones constitucionales de 1979 y en lo restante el objetivo fue legitimar al gobierno golpista y permitir la reelección presidencial inmediata. Es fácil advertir que no tenía relevancia discutir sobre las cuestiones familiares en un contexto en que

las necesidades y los énfasis estaban puestos en los objetivos políticos del régimen autoritario. Se presenta pues la necesidad de dar una interpretación, en relación con las uniones de hecho reconocidas en el artículo 5°, que sea coherente con los principios de igualdad, no discriminación, autonomía y respeto a la diversidad, que irradian de nuestra Constitución y que se han afianzado a través de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

No es coherente con los referidos principios, aquella posición según la cual el artículo 5° contendría una regla de reconocimiento constitucional exclusivamente de las uniones afectivas voluntarias heterosexuales, por lo que las parejas del mismo sexo, en el ejercicio de su autonomía individual, tan solo podrían hacer sus arreglos familiares privados pero sin protección estatal y sin reconocimiento de efectos jurídicos o, en todo caso, se les podría dar en el nivel legal un reconocimiento de efectos personales o patrimoniales de un modo diferenciado del concubinato constitucional. Sin duda, una interpretación así de la regla contenida en el citado artículo 5°, carece de un argumento poderoso para derrotar a la igualdad y al mandato de no discriminación por orientación sexual¹⁵².

3.4. Derecho a procrear y la intimidad familiar

Es inevitable tratar en este acerca de los derechos sexuales y reproductivos, y la técnica de reproducción asistida para delimitar si existe o no el Derecho a procrear en el marco de la intimidad familiar.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: *la infertilidad*. Sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y

¹⁵² **FERNÁNDEZ REVOREDO, María Soledad**, Sobre la compatibilidad del matrimonio igualitario y las uniones de hecho entre personas del mismo sexo con el ordenamiento constitucional peruano, Ob. Cit., p. 122.

parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio¹⁵³.

La aplicación de técnicas de reproducción asistida en seres humanos ha creado un nuevo espacio de discusión ética y jurídica en cuanto a sus implicaciones en el derecho. variantes de esas técnicas en la actualidad. Dentro de ellas pueden mencionarse la inseminación artificial homóloga (IAH), la heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI); fecundación in vitro, con trasplantes de embriones (FIVTE); transferencia intrauterina de gametos (TIG), transferencia de cigotos (preembriones en los primeros estadios de la fecundación) a las trompas de Falopio (ZIFT, por sus siglas en inglés), transferencia de embriones a las trompas de Falopio en estadios más avanzados de desarrollo (TET); inyección intracitoplasmática (ICSI), la transferencia de pronúcleos a las trompas de Falopio (Prost), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (Toast) y la maternidad subrogada. La técnicas más usadas son la *inseminación artificial*, por su primacía y la extensión de su uso; *la fertilización in vitro*, porque es la base de otras modalidades más específicas; y *la maternidad subrogada*, por ser de las más polémicas, y la que genera más reparos en cuanto a su utilización¹⁵⁴.

La inseminación artificial es la principal técnica de ***fecundación in vivo***. Consiste en colocar en el interior del útero o del canal cervical de la mujer el semen del varón previamente preparado. Para ello, es preciso realizar la monitorización de un ciclo menstrual con el fin de detectar el momento de la ovulación. Este procedimiento se utiliza en los programas de reproducción asistida como la primera alternativa de la pareja que sufre la

¹⁵³ **BLADILO, Agustina, DE LA TORRE, Natalia y HERRERA, Marisa**, Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis, Revista Ius, Núm. 39, enero 2017, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2017, p. 12.

¹⁵⁴ **VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen**, El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: 'crónica de una vida anunciada', en Revista Ius, Núm. 39, enero 2017, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, 2017, p. 150.

patología de la infertilidad, sin haber logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales. Tiene el objetivo de asegurar la existencia de óvulos disponibles, acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino y mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides¹⁵⁵.

La fertilización in vitro se conceptualiza como “la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el status embrionario siendo transferido al útero de su madre antes del decimocuarto día a contar desde la fecundación, y descontando el tiempo que pudo estar *crioconservado*.¹⁵⁶ Por su parte, Monroy y Telles Navarro, señalan que la fecundación in vitro, es el estándar del transcurso de fundición entre óvulo y espermatozoide que se da dentro del laboratorio, más no durante el proceso natural de la copulación, es decir en el útero de la madre¹⁵⁷.

La figura de la maternidad sustituta o subrogada consiste en un procedimiento que permite que una mujer ajena a quien tiene la voluntad procreacional desarrolle el embarazo, realice el parto y entregue luego al recién nacido. Hasta hace poco, se aplicaba únicamente cuando la mujer que tenía el propósito de ser madre era infértil o cuando producía óvulos pero no podía gestar.¹⁵⁸ Históricamente se ha distinguido entre maternidad subrogada tradicional y aquella que incluye únicamente la gestación. La primera consiste en que la mujer, además de gestar el bebé, aporta su propio material genético, mientras que la segunda no guarda ninguna relación genética con el mismo: su labor se limita al embarazo y al parto.

¹⁵⁵ **VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen,** El acceso a algunas técnicas de reproducción humana asistida: crónica de una vida anunciada, Ob. Cit. 123.

¹⁵⁶ *Ibídem*.

¹⁵⁷ **MONROY, Juan Pablo y TELLES NAVARRO, Román Francisco,** La fecundación in vitro, un derecho negado en Colombia, en *Revista Med*, 24(1), Colombia, 2016, p. 73.

¹⁵⁸ *Ibídem*.

La maternidad subrogada existía ya en antiguas civilizaciones humanas, aunque en la actualidad su práctica presenta nuevos elementos y controversias de índole tecnológica y ética¹⁵⁹.

Los denominados “derechos sexuales y reproductivos” tuvieron su primera mención en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994. En el plan de acción se afirma:

*"Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva"*¹⁶⁰.

El derecho base sería el derecho a la paternidad y maternidad responsable además se considera el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Por otro lado, el derecho fundamental a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana, que se extiende, además, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con la que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad

¹⁵⁹ **MENGUAL, Albert y WOFE Nadjá**, La maternidad subrogada, en Revista Internacional de Derecho Humanos, Núm. 6, diciembre 2016, Centro Latinoamericano de Derechos Humanos, Argentina, 2016, P. 234.

¹⁶⁰ **NACIONES UNIDAS**, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

del individuo y que se configuran como un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren¹⁶¹.

El término “intimidad” aparece como una de esas nociones básicas, objeto de múltiples controversias sobre su significado y, al mismo tiempo, fundamental en buena parte de los debates éticos, políticos, sociales y jurídicos. Para empezar, no hay un único término que haga referencia a la existencia de ese espacio propio, de disfrute de libertad que quiere protegerse contra las intromisiones no deseadas.

Se utiliza el de “intimidad”, pero también el de “privacidad”, “vida privada”, “ámbito íntimo”, etc. Aunque aparentemente parezca que quieren decir cosas similares, lo cierto es que con el tiempo, su uso y las consiguientes precisiones terminológicas, el significado de los diferentes términos se ha ido decantando, especialmente, el que se refiere a “intimidad” y a “privacidad”, este último incorporado a nuestro bagaje lingüístico como un anglicismo¹⁶².

3.5. Derecho a la pensión en parejas homosexuales.

Ensayar una definición desde la doctrina de la institución de la seguridad social en su dimensión pensionaria resulta una compleja tarea, al grado que ni los especialistas más renombrados, pueden hacerlo, así por ejemplo Jorge Toyama afirma que sería el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad pensionaria de los sujetos independientemente de su vinculación profesional a un empresario y de su contribución o no al

¹⁶¹ **GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana**, Nuevos retos para la protección de Datos Personales, En la Era del Big Data y de la computación ubicua, Dykinson, Barcelona, 2016, p. 82.

¹⁶² **MARTÍNEZ DE PISÓN, José**, El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional, en Núm. XXXII, enero 2016, Boletín Oficial del Estado, España, 2016, pp. 412-413.

sistema protegiendo la relación jurídica de seguridad social, caracterizada en esencia por ser pública y universal¹⁶³.

Desde otra perspectiva, Blancas Bustamante, señala enfáticamente que el derecho a la pensión debe permitir al pensionista gozar de un nivel de vida que le garantice el bienestar material y espiritual, tanto individual como el referido al entorno familiar inmediato. En este sentido, el concepto moderno de seguridad social debe superar radicalmente las políticas y leyes de pobres y la restringida “asistencia social” que prevalecieron en la Edad Media, e incluso, en los inicios de la Edad Moderna, tras la revolución francesa.¹⁶⁴

Todas las instituciones consagradas por el derecho, en este caso, la rama del derecho constitucional, obedecen a una naturaleza que justifica su existencia, por ejemplo, la naturaleza de la herencia consiste en el valor moral superior que tiene la propiedad dentro de los lazos familiares. Acudiendo a doctrina autorizada se puede conjeturar que, en el caso de las pensiones, su naturaleza, esto es su razón de ser, consiste en que es un *Derecho Social*, de contenido económico, y que el Estado social de Derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función a criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la ‘procura existencial. Y según el Tribunal Constitucional, su justificación se encuentra en el principio de solidaridad y en la fuerza normativa que despliega la propia dignidad humana; distinguiéndose del derecho a la remuneración, pues este último se trata de la protección del derecho al trabajo que incluye la necesaria contraprestación.¹⁶⁵ También, si bien, forma parte del patrimonio de la

¹⁶³ **BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos & otros**, *La prestación del derecho a la pensión: Crítica al acceso y calidad del servicio estatal*. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de Doctrina y Jurisprudencia - Núm. 8-2008, agosto 2008, p.321.

¹⁶⁴ Ídem

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00023-2007-AI, Fj. 56.

persona que goza de ese derecho, no se puede desprender, sin más, su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables.

En este último supuesto, la pensión a diferencia de la propiedad, no es un derecho real sobre un bien, sino un derecho a percibir un determinado monto de pago periódico al que se tiene acceso una vez que se han cumplido los requisitos legalmente establecidos. En cuanto a los actos que pueden realizarse sobre la pensión, existen también diferencias bastante marcadas con la propiedad. Así, la pensión no puede ser objeto, por ejemplo, de determinados actos de libre disposición (compraventa, permuta, donación, entre otros), ni es susceptible, como es evidente, de expropiación. Por el modo como se transfiere tampoco se puede equiparar la pensión a la propiedad. La pensión no es susceptible de ser transmitida por la sola autonomía de la voluntad del causante, como si se tratase de una herencia, pues se encuentra sujeta a determinados requisitos establecidos en la ley, y sólo una vez que estos han sido satisfechos, se podría generar su goce al titular o sus beneficiarios. En cuanto a la titularidad, no siempre coincide el titular de la pensión con la persona beneficiada con ella, por lo que se debe distinguir entre el pensionista y el beneficiario. Es evidente, entonces, que la pensión no comporta los atributos privativos de la propiedad.

No es novedad que la ley y el reglamento de la misma no señale el contenido y la determinación del mismo de un derecho fundamental. Este mismo panorama ocurre en el tema que nos ocupa, lo cual ha llevado a la Jurisdicción Constitucional a establecer cuál y como se determina su contenido.

Esto último se corrobora a partir de la lectura íntegra del Fundamento 37 de la Sentencia recaída en el EXP. N° 1417-2005-AA/TC, Caso Anicama Hernández, el cual se puede resumir en:

Primero, forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

En segundo lugar, forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia.

En tercer lugar, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un 'mínimo vital', es decir, 'aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (...) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital.¹⁶⁶ En cuarto lugar, también consiste en su contenido esencial la no negación del otorgamiento de

¹⁶⁶Fundamento 37 de la sentencia Exp. N° 1417-2005-AA/TC caso Anicama Hernández

pensión de sobrevivencia (viudez, orfandad o ascendientes), pese a cumplir los requisitos para obtenerla.

*Y Finalmente, como quinta pretensión viable se postula que las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento que se dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.*¹⁶⁷

La Jurisprudencia Constitucional considera que, en el marco de las pensiones, se presenta la consolidación de los principios de universalidad, progresividad y solidaridad, inherentes al sistema de seguridad social, según reza el artículo 10 de la Constitución. Así, el principio de solidaridad se encuentra en el cimiento mismo de los derechos fundamentales, y cumple una función inspiradora de la organización social, de manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. En el marco del Estado social y democrático de derecho, el principio de solidaridad comporta el reconocimiento del 'otro', frente a la posición utilitarista de la búsqueda egoísta del beneficio exclusivo y excluyente, que mina las bases de la fraternidad y la unidad de la comunidad políticamente organizada.

El reconocimiento de la solidaridad supone que:

“(...) este tipo de derechos choca, para su eficacia plena, con la barrera de la escasez”. La solución que se dé a este problema, es de vital importancia en la medida que “de esta forma se evitará la crisis del Estado social, que se genera por demandas excesivas de titulares

¹⁶⁷ **ABANTO REVILLA, Cesar**, El Derecho Procesal Constitucional Previsional formado a partir de la jurisprudencia del TC. Ubicado el 10/09/2016, Véase: <http://pensionesperuabanto.blogspot.pe/2011/10/el-derecho-procesal-constitucional.html>

de este derecho y, por el déficit económico, que alcanza a la crisis iscal del Estado, producido por su financiación”¹⁶⁸.

3.6. Derecho al Internet

Según Feldstein de Cárdenas, el espacio cibernético, es una suerte de “microcosmos digital” de comunicación, donde las distancias, las fronteras, las autoridades, las soberanías parecen desvanecerse. Así constituye un entorno fértil para el desarrollo de un fenómeno pleno de interactividad, que se presenta caracterizado por la expansión de las comunicaciones, de la contracción de las distancias con entidad suficiente para proporcionar conocimientos, servicios, entretenimientos. Nadie puede ignorar que el cyberespacio no es espacio físico, un espacio territorial, sino un espacio virtual; lo es en tanto y en cuanto le permite a cualquier persona acceder desde una computadora libremente a la web¹⁶⁹.

Internet es un conjunto descentralizado de redes de comunicación interconectadas que utilizan la familia de protocolos TCP/IP, lo cual garantiza que las redes físicas heterogéneas que la componen funcionen como una red lógica única de alcance mundial. A su turno, uno de los servicios que más éxito ha tenido en Internet ha sido la World Wide Web (www o la Web), a tal punto que es habitual la confusión entre ambos términos. La www es un conjunto de protocolos que permite, de forma sencilla, la consulta remota de archivos de hipertexto¹⁷⁰.

Creemos que el Derecho de Internet, se ha constituido en una rama autónoma y con caracteres sustantivos, al igual como otras materias jurídicas novedosas lo hicieron en su oportunidad, como, por ejemplo, el

¹⁶⁸ **PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio**, Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, 1999, pp. 315, ss.

¹⁶⁹ **FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y otros**, Contratación electrónica internacional, Editorial VLex, Ob. Cit. p. 215.

¹⁷⁰ **SCOTTI, Luciana B.**, El impacto de internet en el mundo jurídico: una mirada desde el derecho internacional privado, en Revista Foro Jurídico, Núm. 15, enero 2016, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 181.

Derecho Aeronáutico o el Derecho Ambiental y, por cierto, el Derecho Informático, por lo que el desarrollo y el establecimiento de nuevas normativas, que ya se han dictado, y el transcurso del tiempo, permitirán la consolidación de esta nueva rama en nuestro ordenamiento jurídico. La necesidad social de responder a los nuevos problemas, que origina el fenómeno de Internet en la sociedad, permitirá el reconocimiento de esta rama con claridad, frente a otras, ya que cuenta con elementos en desarrollo que le permitirían dicha autonomía. De esta manera, podríamos intentar definir al Derecho de Internet como el conjunto de normas legales y principios jurídicos, destinados a regular el fenómeno de Internet, en el ámbito público y privado¹⁷¹.

El acceso a Internet supone un derecho que debe ser garantizado por el Estado desde tres puntos de vista. El primero, desde su relación con otros derechos como a la educación y al trabajo, puesto que permite su desarrollo recíproco; el segundo, desde un punto de vista democrático, en razón de los límites que puede establecer al Estado y de la participación en los debates públicos de sectores históricamente excluidos debido a factores geográficos y económicos; el tercero implica una visión más amplia de la libertad, lo que conllevaría a una democracia más sólida, en la que los diversos sectores de la sociedad puedan exponer ideas mediante los entornos digitales¹⁷².

¹⁷¹ **PINOCHET CANTWELL, Francisco José**, El derecho de internet. Una nueva rama del derecho, Revista Trilogía, Núm. 6, mayo 2008, México, 2008, véase: <https://app.vlex.com/#WW/sources/2340/issues/15557>

¹⁷² **VALDERRAMA CASTELLANOS, Diego Esteban**, El acceso internet como derecho fundamental: caso costarricense y su viabilidad en Colombia, NovumJus: revista especializada en sociología jurídica y política, Núm. 12-2, Julio 2018, Bogotá, 2018, p. 182.

CONCLUSIONES

Primera.

La Constitución, en su calidad de norma suprema, se ha convertido en la excelsa garantía de todos los derechos fundamentales de las personas. En tal sentido, la tarea interpretativa de la misma, se convierte en una tarea compleja en la medida que dicho resultado, conlleva a efectos jurídicos y políticos sobre los derechos fundamentales en la sociedad, sin perjuicio, que sea la misma sociedad, quien obligue al interprete constitucional a ampliar el contenido del catálogo de derechos fundamentales reconocidos.

Segunda.

Si bien existe la hermenéutica, principios generales y específicos de interpretación constitucional, estos no pueden tener un fin distinto al de la mayor protección de los derechos fundamentales. Los principios de interpretación constitucional aplicables deben tener siempre la finalidad de generar la ampliación del catálogo de derechos, los mismos, debiendo cambiar criterios rígidos por criterios amplios, pues se entiende que la Constitución, es dinámica y no pétrea. Así, en la medida que se avanza, se van calando nuevos conceptos y nuevas terminologías que acrecienta las acepciones del Derecho en general.

Tercera.

Indistintamente de los conceptos recogidos en la teoría constitucional, nuestro Tribunal Constitucional peruano ha recogido principios propios de la jurisprudencia constitucional de homólogos internacionales, los mismos que han servido para reconocer derechos fundamentales, que lejos a los reconocidos en el artículo 2° de la Carta Constitucional, se ampara en la cláusula abierta de la misma, al igual que en la interpretación bajo el amparo de la convencionalidad, los mismos que responden a la evolución social.

Cuarta.

En los albores del siglo XXI, con el mayor propósito de defender a la persona y su dignidad, los más altos tribunales, han recurrido a diversas fuentes del Derecho a efecto de emitir pronunciamientos respecto a

situaciones que no tienen regulación expresa o uniforme dentro de los ordenamientos jurídicos. Así, hemos llegado a identificar el principio de la “preferente existencia humana”, como un criterio que ayude a priorizar y amparar al ser humano revalorando su dignidad, lo cual, ha conllevado a que exista el derecho a la protección de datos y derecho al olvido digital entre otros, los mismos que solo reflejan la necesidad del amparo constitucional deba evolucionar a la par que la propia sociedad lo hace.

Quinta.

Nuestro Tribunal Constitucional peruano ha reconocido seis nuevos derechos fundamentales en su jurisprudencia, los cuales, al revisarlos en forma individual no han merecido una adecuada fundamentación para obtener tal condición a diferencia de la jurisprudencia de tribunales supranacionales de orden latinoamericano y europeo, donde podemos apreciar una constante creciente en el reconocimiento de derechos fundamentales acorde al contexto social. Tal es el caso, del derecho a la procreación mediante técnicas de fecundación, el derecho de las minorías sexuales, entre otros derechos, que son perceptibles en nuestra sociedad, pero que, por contextos sociales, culturales e ideológicos encuentran reparos, pese a encontrarnos en un estado constitucional de derecho y en transición a un estado convencional de derecho.

Sexta.

Revisada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el desarrollo teórico de la presente investigación, nos lleva a concluir, que indistintamente de los criterios estrictamente jurídicos, en nuestro país, -contamos con cláusula abierta de interpretación y de control convencional-, en tal sentido, es urgente y necesario que los operadores de derecho al igual que el legislador, cumplan con su rol tuitivo de la defensa de los derechos fundamentales no solo descritos en el texto constitucional, sino también, de aquellos que sin estar explícitamente enunciados o que no se desprendan de los existentes, merecen reconocimiento al existir en nuestra sociedad, sólo allí, la realidad encontrará paragón con la teoría.

SUGERENCIAS

Primera.

Al ser la Constitución una norma que nace del consenso social del Estado y la sociedad, debe fomentarse el conocimiento de los derechos fundamentales en todas las instancias educativas del país. Solo una sociedad que conoce sus derechos puede exigir el adecuado respeto de los mismos. Con ello, no sólo garantizamos su mayor protección, sino también, que la percepción de Estado Constitucional de Derecho alcance una connotación social y no solo jurídica, buscando así, que la sociedad se consolide dentro de una sola visión de persona y respeto a su dignidad.

Segunda.

Si bien es cierto los derechos fundamentales son evolutivos, la interpretación constitucional también lo es. En tal caso, los operadores del derecho deben estar en la capacidad de reconocer los instrumentos necesarios para una mayor protección de los derechos fundamentales, siendo la interpretación constitucional y el control de convencionalidad los medios más adecuados para lograr una mayor protección a los derechos fundamentales.

Tercera.

Nuestro país no ha sido reacio al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, si bien nuestros legisladores y el Tribunal Constitucional han tenido activismo en dicho rol, también es cierto que los derechos reconocidos por los mismos, eran por demás inherentes al tiempo en los cuales fueron reconocidos. En tal caso, esperamos del intérprete constitucional y del legislador, que, en su rol de defensor de los derechos fundamentales, tenga un activismo oportuno y consecuente no ámbitos religiosos o conservadores, sino a contextos sociológicos, en los cuales la sociedad exige respuesta jurídica y marco normativo apropiado a situaciones cada vez más acordes a los avances tecnológicos y sociales.

Cuarta.

No podemos olvidar que la evolución social va de la mano con la evolución tecnológica, la cual, ha generado un sin fin de medios y

condiciones en las cuales se pone en cuestionamiento conductas y actos que atentan contra la dignidad humana. El legislador y juez constitucional deben estar apertos y atentos a hechos que requieran de un marco constitucional efectivo o la existencia de criterios interpretativos que conlleven al respeto del ser humano. Es allí, donde la tarea interpretativa cobra mayor relevancia, al ser el cauce de criterios de orientación que sirvan de parámetros de este híper activismo tecnológico.

Quinta.

Si bien estamos en un periodo de transición del estado constitucional de Derecho al Estado convencional en nuestro país, no podemos estar exentos de las variables que se dan en el ámbito internacional en razón al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. Si bien estos responden a contextos sociales individualizables, también es cierto que la conducta humana vive en una interconexión mundial, conllevando a que la individualidad social, responda en muchos casos a criterios culturales delimitados por paradigmas sociales y religiosos, los mismos, que deben ser orientados por el Estado laico, a efecto que no repercutan en la limitación y minimización de derechos de minorías que se afectan por tales paradigmas.

Sexta.

Consideramos que si bien la sociedad evoluciona el Derecho debe seguir en el mismo camino, para tal caso, consideramos necesario que la formación del legislador y de los operadores del Derecho vaya acompañada de criterios no solo jurídicos y axiológicos, sino también de principios, para ello la instrucción constitucional es necesaria. Dicha formación, acompañada a una adecuada lectura constitucional y convencional, generará que la administración de justicia encuentre homogeneidad en nuestro país, generándose también la necesidad de reconocer y amparar nuevas situaciones que merezcan ser consideradas como derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- **ARRIETA ZINGUER, Miguel** (2014). Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en internet, en Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, Núm. 12, diciembre 2014, Universidad de los Andes, Colombia.
- **ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan**, (1996). La regla de reconocimiento y valor normativo de la Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 47.
- **ATIENZA, Manuel**, (2014). *Las razones del Derecho*, Palestra Editores, Lima.
- **BECERRIL, Anahiby A.** (2014). La protección de datos personales en la red y el derecho al olvido digital, en Revista Cuba Lex, Núm. 36, enero 2016, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Cuba.
- **BLANCO VALDES, Roberto**, (2003). La Constitución de 1978, Alianza, Madrid.
- **CANOSA USERA, R.** (1998). Interpretación Constitucional y formula política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- **COBO DEL ROSAL, Manuel**, (2004). Disgresiones sobre la historicidad del Derecho Penal, en Cuadernos de historia del derecho, Nº 1, Madrid.
- **CRUZ VILLALON, Pedro**, (1998). Constitución y cultura constitucional, Revista de occidente, núm, 2011.
- **DE ASÍS, Rafael**, (2001). Sobre el concepto y fundamento de los derechos fundamentales, Instituto de Derechos Fundamentales, Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid.
- **DE VEGA GARCIA, Pedro**, (1985). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid.
- **DIAZ REVORIO, Javier**, (2009). Interpretación de la Constitución y justicia constitucional, Editorial Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México.
- **ENNECCERUS, Ludwing.** (1953). Tratado de Derecho Civil, Tomo I., Cada editorial Bosch, Tratado de la 39ª edición alemana, Barcelona, España.
- **FERNANDEZ-GALIANO, Antonio**, (1983). Derecho Natural. Introducción al Derecho, Madrid, 1983.

- **FIX ZAMUDIO, Héctor**, (1982). La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales, Ed. Civitas. S.A., Madrid.
- **G. ZAGREBELSKY**, (1987). La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución, en A. López Pina, División de poderes e interpretación, Tecnos, Madrid.
- **GARCIA BELAUNDE, Domingo**, (1994). La interpretación constitucional como problema, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 86, Madrid.
- **GARCIA BELAUNDE, Domingo**, (1994). La interpretación constitucional como problema, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 86, Madrid.
- **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**, (1991). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid.
- **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo**, (1985). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid.
- **GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo**, (1982). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Edit.Civitas S.A., Madrid.
- **GARCIA PELAYO, Manuel**, (1948). Constitución y Derecho Constitucional, Revista de Estudios Políticos, N° 37.
- **GOMEZ CAHOTILHO, José Joaquim**, (2004). Teoría de la Constitución, Dykinson, Madrid.
- **GUASTINI, Ricardo**, (1999). Distinguiendo, Gedisa, Barcelona.
- **HABERLE, Peter**, (2000). VerfassungslebensKulturwissenschaft, DunkerundHumblot, Berlin, 1982 (en castellano, Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura, Tecnos, Madrid).
- **HESSE, Konrad**, (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- **HESSE, Konrad**, (1983). Escritos de Derecho Constitucional, Trad. de Pedro Cruz Villalón, C.E.C. Madrid.
- **IBERICO, Mariano**, (1990). Principios de Lógica Jurídica, Lima, 1944, reimpreso en lus et praxis, N° 16.

- **J. WROBLESKI, J.** (1985 – 1988). Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, trad. de Arantxa Azurza, Cuadernos Civitas, Madrid.
- **KELSEN, Hans,** (1982). Teoría pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Decimoctava edición, Buenos Aires.
- **LOEWENSTEIN, Karl.** (1986). Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona.
- **MIRO QUESADA, Francisco,** (1956). El formalismo y las ciencias normativas, en Diánoia, N° 2, Lima.
- **MONTORNO BALLERESTEROS, Manuel,** (1999). Sistema de Teoría Fundamental del Derecho, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- **MORTATI, Constantino,** (2000). La Constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- **PECES-BARBA, Gregorio,** (1973). Derechos Fundamentales, Guadiana de Publicaciones, Madrid.
- **PEREZ LUÑO, Antonio,** (1984). Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Ed. Tecnos, Madrid.
- **PEREZ LUÑO, Antonio,** (1996). En torno a la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, en Revista de Ciencias Sociales, N° 41, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Valparaíso, Chile.
- **QUIROGA LEON, Aníbal,** (1985). La interpretación constitucional, en revista Derecho, Lima, N° 39.
- **R. GUASTINI,** (1993). La fuente del Derecho y la interpretación, Giuffrè, Milán.
- **R. WORKIN,** (1984). Los principios en los Derechos en serio, traducción de M. Gustavino, Ed. Ariel, Barcelona.
- **ROBERT, Alexy,** (1989). Teoría de la argumentación jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- **ROUSSEAU, Dominique,** (1990). La notion de constitution, Revue du Droit Public et de la sciencie politique, París, N° 1.

- **RUBIO CORREA, MARCIAL.** (2004). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, Fondo editorial de la PUCP. Lima.
- **RUIZ MIGUEL, Carlos,** (2003). El constitucionalismo cultural, Cuestiones Constitucionales, N° 9.
- **SANCHEZ DE LA TORRE, Oscar,** (1975). Comentario al Fuero de los Españoles (Teoría Jurídica de los Derechos Humanos IV), IEP, Madrid.
- **SCHMITT, Carl,** (2001). Teoría de la Constitución, Ed. Alianza, Madrid.
- **SCHNEIDER, Hans Peter,** (1979). Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático, Revista de Derecho Político, Madrid, CEC, N° 7.
- **SIEYÈS, E.J.** (1989). ¿Qué es el tercer Estado?: ensayo sobre los privilegios, Madrid, Alianza.
- **SMEND, Rudolf,** (1985). Constitución y derecho constitucional, Madrid, CEC.
- **Tribunal Constitucional del Perú.**
www.tc.gob.pe
- **TORREBLANCA GONZALES,** (2018). Luis Giancarlo. El derecho a la verdad en el ámbito iberoamericano, en *IusHumani*. Revista de derecho, Núm. 7-2018, enero 2018, Universidad de los Hemisferios.
- **VARELA SUANCES, Joaquín,** (1998). Textos básicos de la historia constitucional comparada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- **VARELA SUANCES, Joaquín; PACE, Alessandro,** (1995). La rigidez de las constituciones escritas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- **VIGO, Rodolfo Luís,** (1993). Interpretación constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- **ZAZUETA CARRILLO, Laura Wendy.** (2014). El derecho a la verdad en el marco de la justicia transicional como obligación del estado mexicano ante la impunidad, en *Revista Vialnveniendi et Iudicandi*, Núm. 18, Julio 2014, Universidad de Santo Tomás, Colombia.