

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL CRITERIO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADA

AUTOR:

BCHR. CORILYB MACARENA ALVARADO AQUINO

ASESOR:

DRA. MELISSA FIORELLA DIAZ CABRERA

TRUJILLO – PERU

2019



DEDICATORIA

A mi Papá Vicente Aquino Valqui que está en el cielo, a mis dos madres Marleny Aquino Saldaña, y Blanca Violeta Saldaña, por su ejemplo de vida, esfuerzo, amor, paciencia y sobre todo apoyo en todos estos años de mi crecimiento profesional.





AGRADECIMIENTO

A Dios, que con su infinito amor de día a día siempre me ilumino, y me dio fuerzas para poder continuar con mis estudios de mi carrera profesional.





RESUMEN

El criterio de previsión de consecuencias y el análisis económico del derecho en los derechos fundamentales han cobrado una importante relevancia en las ciencias jurídicas, ya que juegan un papel trascendental en las decisiones que se toman en las sentencias expedidas, por lo cual el tribunal constitucional siendo el órgano supremo de interpretación, asume una protección a los derechos fundamentales a través de diferentes instituciones jurídicas, es decir interpretaciones constitucionales que tienen diferentes criterios jurídicos, que protegen a la dignidad de la persona humana, así como objetivos de autonomía moral y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, es así que el análisis económico del derecho, propone la utilización de herramientas objetivas de análisis para interpretar normas y sentencias, basadas en costo beneficio, por lo cual los seres humanos actúan en base a incentivos y persiguen lo que les favorece y evitan lo que les perjudica, así mismo a través del criterio de previsión de consecuencias nos afirma que no se puede utilizar sacrificando derechos de las personas, es decir los derechos fundamentales deben ser preferidos.

Palabras clave: Análisis económico del derecho, derechos fundamentales, criterio de previsión de consecuencias.

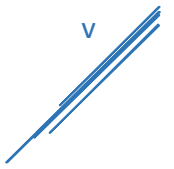


ABSTRACT

The criterion of foresight of consequences and the economic analysis of the law in fundamental rights have become of significant importance in the legal sciences, as they play a momentous role in the decisions taken in the judgments therefore the constitutional court, being the supreme body of interpretation, assumes protection of fundamental rights through different legal institutions, that is to say constitutional interpretations that have different juridical criteria, which they protect to the dignity of the human being, as well as targets of moral autonomy and also the juridical relevancy that it converts to the rights into material basic norm of the arranging, it is so the economic analysis of the right, proposes the use of objective analysis tools to interpret rules and rulings, based on cost-benefit, so that humans act on incentives and pursue what favors them and avoids what harms them, also through the criterion of forecasting consequences he states that it cannot be used by sacrificing rights of individuals, that is, fundamental rights should be preferred

Keywords: Economic analysis of the law, fundamental rights, criterion of forecasting consequences.





PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

En cumplimiento con los requisitos comprendidos en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego y con la intención de alcanzar el Título profesional de Abogado, pongo a vuestra consideración el trabajo de investigación titulado:

EL CRITERIO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Esperando que al revisar el presente trabajo tengan a bien valorar el carácter de éste, aprovecho la oportunidad para dirigir los sentimientos de mi estima y consideración personal.

DRA. MELISSA FIORELLA DIAZ CABRERA

ASESOR

ALVARADO AQUINO CORILYB M.

BACHILLER EN DERECHO Y CC. PP



ÍNDICE

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
PRESENTACIÓN	v
ÍNDICE	vi
CAPÍTULO I	9
INTRODUCCIÓN	9
1. PROBLEMA	9
1.1. Planteamiento del problema	9
1.2. Enunciado del problema	11
2. HIPÓTESIS	11
2.1. Enunciado de la Hipótesis	11
2.2. Variables	11
3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	11
3.1. Objetivo general	11
3.2. Objetivos específicos	11
CAPITULO II	13
MARCO TEÓRICO	13
1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	13
1.1. Neoconstitucionalismo	13
1.2. Análisis Económico del Derecho	14
1.3. Criterios Interpretativos – Previsión de Consecuencias	15
SUB CAPÍTULO I	16
2. BASES TEÓRICAS	16
2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO	16
2.1.1. Constitucionalismo	16
2.1.2. El estado constitucional de derecho	17
2.1.3. Constitucionalización del orden jurídico	17
2.1.4. Crítica al neoconstitucionalismo	20
2.1.5. Perú y el Neoconstitucionalismo	22
SUB CAPITULO II	24
2.2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	24



2.2.1.	Concepto de interpretación constitucional	27
2.3.	EL CRITERIO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS.....	35
2.3.1.	Criterio de unidad de la Constitución	38
2.3.2.	Criterio de concordancia práctica.....	40
2.3.3.	Criterio de la eficacia integradora de la Constitución	41
2.3.4.	Criterio de corrección funcional.....	42
2.3.5.	Criterio de fuerza normativa de la Constitución.....	43
2.3.6.	Criterio de la adaptación a las circunstancias.....	44
2.3.7.	Criterio de la continuidad interpretativa.....	44
2.3.8.	Criterio de la finalidad de la Constitución.....	44
2.4.	CLASES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	45
A.	La interpretación y la derrotabilidad normativa.	45
B.	La interpretación de los derechos fundamentales.	49
C.	La actividad hermenéutica.	52
D.	La interpretación de normas de disposiciones.	54
E.	La interpretación judicial y la constitucional.	59
SUB CAPÍTULO III.....		65
2.5.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	65
2.5.1.	Las características de los derechos fundamentales.....	66
2.5.2.	La Eficacia de los Derechos Fundamentales	70
2.5.3.	Las garantías de los derechos fundamentales.....	76
2.5.4.	Límites de los derechos fundamentales.	79
SUB CAPÍTULO IV		88
2.6.	AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EL CRITERIO INTERPRETATIVO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS	88
2.6.1.	Análisis de la Sentencia N° 00022-1996-PI/TC	88
2.6.2.	Análisis de la Sentencia N° 0031-2004-AI/TC	91
2.6.3.	Análisis de la Sentencia N° 00002-2010-PI/TC	92
2.6.4.	Análisis de la Sentencia N° 00239-2010-PA/TC.....	95
2.6.5.	Análisis de la Sentencia N° 0139-2013-PA/TC.....	97
CAPITULO III		100
ASPECTOS METODOLÓGICOS		100
1.	MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS	100
1.1.	Material.....	100
1.2.	Procedimientos	101



2. MÉTODOS	102
2.1. Métodos de investigación	102
2.1.1. Métodos lógicos	103
2.1.2. Método jurídico	104
CAPITULO IV	106
CONCLUSIONES	106
RECOMENDACIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	110
ANEXOS	114



CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

Hoy en día el rol del tribunal Constitucional juega un papel importante en la protección de los derechos fundamentales a través de diferentes instituciones jurídicas, entre ellas la interpretación constitucional conforme a ciertos criterios o métodos que coadyuvan a tomar decisiones basadas en la protección de la persona y su dignidad, característico de un Estado Constitucional de Derecho.

Dentro de los métodos se encuentra uno muy en particular, hablamos del Análisis Económico del Derecho, que orienta al intérprete a buscar la solución de un problema constitucional evaluando el costo político, económico o social desencadenante, en aras de no obstaculizar la actuación del Estado y la actividad de los ciudadanos.

En esas mismas líneas tenemos al Criterio de Previsión de Consecuencias, el cual ha sido empleado desde hace mucho tiempo por el Tribunal Constitucional y otros órganos jurisdiccionales, prefiriendo la actuación del Estado por motivos de interés público, seguridad ciudadana, buenas costumbres, orden público por sobre los derechos fundamentales. Esto entonces no resulta muy eficiente en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho en mérito a conceptos que no son jurídicos, sino más bien económicos o previsionales.

Lo anterior nos obliga a revisar la jurisprudencia realizada por el Tribunal Constitucional, así como el fundamento de sus decisiones en los que se aplica el criterio de previsión de consecuencias frente a derechos fundamentales.



Ahora, si bien es cierto el Análisis económico del Derecho propone la utilización de herramientas objetivas de análisis para interpretar instituciones, normas, y sentencias basados en un análisis costo beneficio, ello no puede utilizarse sacrificando derechos de las personas, pues ellos configuran límites efectivos a la actuación del Estado y deben ser preferidos sobre toda otra consideración que no sea tal, aun cuando esta se encuentre constitucionalmente consagrada. Es decir, los derechos fundamentales deben ser preferidos incluso sobre metas o sobre intereses públicos meramente estatales.

La dignidad de la persona humana funciona además como un estándar interpretativo de la Constitución Política, en el sentido que cuando se interpreta la norma jurídica antes indicada, y ante la posibilidad de variados resultados para solucionar un conflicto de pretensiones, se debe estar a la interpretación más favorable para el particular. En caso de duda en la interpretación de toda norma, debe admitirse la que resulta más protectora de los derechos de las personas individualmente consideradas y no aquella que pueda resultar más favorable al Estado.

Entonces es importante descubrir cuáles serían esas sentencias que el Tribunal ya viene resolviendo con desplazamiento de derechos fundamentales del individuo en procura de los derechos de la mayoría a través del criterio de previsión de consecuencias desde el Análisis Económico del Derecho.



1.2. Enunciado del problema

¿De qué manera el criterio de previsión de consecuencias del Análisis Económico del Derecho influye en la protección de los derechos fundamentales en las decisiones del Tribunal Constitucional?

2. HIPÓTESIS

2.1. Enunciado de la Hipótesis

El criterio de previsión de consecuencias del Análisis Económico del Derecho en las decisiones del Tribunal Constitucional afecta la protección de los derechos fundamentales.

2.2. Variables

a. Variable Independiente

Sentencias del Tribunal Constitucional con afectación de los Derechos Fundamentales

b. Variable Dependiente

El criterio de previsión de consecuencias del Análisis Económico del Derecho.

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivo general

Analizar de qué manera el criterio de previsión de consecuencias del AED influye en las decisiones del Tribunal Constitucional respecto a los derechos fundamentales.

3.2. Objetivos específicos

- Determinar cuáles son los criterios interpretativos, y de manera específica el criterio de previsión de consecuencias del AED.



- Explicar la delimitación interpretativa que conllevan los derechos fundamentales.
- Demostrar la afectación de los derechos fundamentales con el criterio interpretativo de previsión de consecuencias aplicado en las sentencias del Tribunal Constitucional.

4. Justificación del Estudio

Observando la deficiencia del sistema legal en cuanto se refiere a la configuración normativa procesal y doctrinaria de los derechos fundamentales y al mismo tiempo imposibilitándose el acceso adecuado a la justicia, así como problema presupuestal al Estado, se propone en tal sentido, observar lo que en realidad está sucediendo con el sistema normativo, teniendo como principal objetivo la búsqueda de la eficiencia en los sistemas legales, así como aplicar los diferentes criterios de interpretación constitucional para poder dar preferencia a los derechos fundamentales , como son la defensa de la dignidad de la persona humana, para así establecer un mecanismo eficaz que ayudará a optimizar y apreciar las consecuencias que tendrá un fallo , por eso se debe implementar así en el proceso jurisdiccional la herramienta procesal que estimula a los miembros de un grupo accionar la defensa de sus derechos inherentes y que en las sentencias emitidas por el tribunal constitucional



los derechos fundamentales sean preferidos incluso sobre metas o sobre intereses públicos o meramente estatales, ya que el Estado no debería salirse de su cauce vulnerando derechos humanos.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

1.1. Neoconstitucionalismo

Se tiene como antecedente la tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, titulada: El neoconstitucionalismo en el Sistema Jurídico Peruano, del Mg. Elías García Paredes, (Trujillo-2016), el cual llego a las siguientes conclusiones:

- a) La sociedad actual está en una época en la cual prevalece el constitucionalismo de los derechos, amparado en los fallos del Tribunal Constitucional basados en el respeto y garantía de los derechos fundamentales.
- b) El Neoconstitucionalismo en la justicia peruana enfrenta desafíos y riesgos, en la aplicación y formulación del ordenamiento jurídico constitucional, determinado por la superación del legalismo; la normatividad, valor y sistema jurídico ideal; diferencia entre reglas y principios; el apartamiento del argumento judicial y la importancia de los precedentes jurisprudenciales.
- c) Los mecanismos jurisdiccionales constitucionales que cautelan los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución que requieren que los jueces realicen una actividad de control, tutelen la legitimidad y la supremacía constitucional.



1.2. Análisis Económico del Derecho

También se tiene como antecedente de investigación, la Tesis Titulada: El Análisis Económico del Derecho, principales escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y contraposición conceptual, por el Bachiller Rubén Carlos B. Méndez Reategui (Lima-2008), al que ha llegado a la siguiente conclusión:

- a) El Derecho y Economía representa una corriente de menor importancia en Perú, pese a esa situación su ritmo de crecimiento da la impresión de que podría llegar a ser una tendencia importante en la investigación jurídica y para el desarrollo de las políticas públicas. No ha llegado aún a ser parte integral de la educación jurídica peruana y el adiestramiento jurídico en nuestro país, ya que es excesivamente formalista, preocupado más en las definiciones que por los propósitos de las disposiciones legales.

- b) Hay razones en contra de un exitoso trasplante de los enfoques económicos en países como el Perú, por el contrario, el derecho y economía puede desempeñar un papel importante en el saber jurídico nacional, si es que se toma en cuenta las consecuencias económicas de una buena o mala legislación en nuestro país, ambos buscan su propia identidad en nuestro país, dedicando su tiempo a las reglas y problemas jurídicos de la legislación local. Dentro del esquema argumental planteado, se considera que el futuro del Derecho y Economía en el Perú será prometedor en la medida que se continúe enriqueciendo este cuerpo instrumental y que el número de abogados y economistas interesados en mejorar sus conocimientos de economía y de derecho respectivamente sea cuantitativa y cualitativamente mayor.



1.3. Criterios Interpretativos – Previsión de Consecuencias

Se tiene como antecedente la investigación “Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional”, por Juan Manuel Sosa Sacio, Gaceta Jurídica S.A, Primera Edición (setiembre 2011), el cual llega a las siguientes conclusiones:

- a) El criterio de previsión de consecuencias implica resolver atendiendo también a las consecuencias reales de la decisión, sin perder de vista los otros criterios de interpretación, así como medir las reglas procesales con la finalidad de lograr auténtica justicia constitucional.

- b) Este criterio de previsión de consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas.



SUB CAPÍTULO I

2. BASES TEÓRICAS

2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO

Es un nuevo paradigma en el derecho, que se puede entender como una ideología que presenta una verdadera promesa para lo que refiere a la teoría del Derecho. Es así que se ha vuelto en una revolución teórica y práctica más importante que vive el derecho continental europeo, para resolver su concepción de ley de derecho, dejando atrás sus elaboraciones de códigos o leyes, basándose más bien en acuerdos y sentencias de los tribunales que construyen un derecho sobre la base de los textos de estos acuerdos y de la integración de diversos sistemas jurídicos. Estas decisiones ya no están en manos de los legisladores, si no de jueces. Por lo tanto, el Neoconstitucionalismo aporta una nueva metodología jurídica, mecanismo de garantías constitucionales que logren vigencia efectiva y real del principio de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, a partir de las bases constitucionales, implantación jurisprudencial de los principios y derechos contenidos en la constitución, provocando la progresiva constitucionalización del derecho ordinario del Estado, teniendo como base temas tradicionalmente regulados por la ley, así como otorgar nuevas ideas que permiten revisar posiciones tradicionales, incapaces de transformar la realidad por la vía jurídica.

2.1.1. Constitucionalismo

El constitucionalismo tiene su inicio en la antigua Grecia, tal como se puede leer en La Política de Aristóteles (1990). La idea primigenia que se tuvo de este concepto es el que el hombre vive en la llamada “comunidad política” (actualmente sociedad) bajo el imperio de la ley. Aquí incluyendo tanto gobernantes como gobernados, ambos se rigen por la ley en sus funciones.



Esta idea se fue enriqueciendo y perfeccionando a través de la Edad Media hasta llegar a nuestros días a expresarse en el concepto que se conoce de “Estado de Derecho”, es decir, régimen político “con arreglo a las leyes”.

Contemporáneamente es el proceso histórico por el cual se van presentando y pronunciando expresos principios de la convivencia política a través de costumbres sociales y documentos públicos. Entre estos principios se muestran: El imperio de la ley y el de la soberanía popular. La síntesis de este pensamiento ilustrado, que relaciona límites al poder, para avalar los derechos naturales, está en la Declaración francesa del 26 de agosto de 1789, donde se crea en su artículo 16° que: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos y determinada la separación de poderes no tiene Constitución”. (Matteuci, 1985, pág. 39)

2.1.2. El estado constitucional de derecho.

Actualmente en el Estado Constitucional de derecho, las leyes no son accesorias sólo de la forma de su producción, sino también de la relación de sus contenidos con los principios constitucionales, pues da comienzo a normas, que expresamente son permitidos y vigentes, pero que sean esencialmente impedidas por el contraste de su significado con normas constitucionales.

2.1.3. Constitucionalización del orden jurídico.

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se determina así por conservar una Constitución extremadamente invasora, capaz de establecer tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. El profesor Ricardo Guastini, sostiene que “la



Constitucionalización del ordenamiento jurídico ha de entenderse como un proceso de transformación al cabo del cual resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”. (Guastini R. , 2003, pág. 49).

Guastini nos presenta una lista de siete condiciones que un ordenamiento debe garantizar para ser estimado como satisfecho por las normas constitucionales.

- ✓ **Constitución rígida.** - Es la Carta escrita que tiene amparo frente a la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o revocadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional.

- ✓ **Garantía jurisdiccional de la Constitución.** - Control sobre la aprobación de las leyes con la misma. Este control puede ser:
 - A posterior (por vía de excepción) e *in concreto*, ejercicio por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisprudencial, como sucede en Estados Unidos, o en el Tribunal Constitucional, como sucede en Alemania, Italia o España.

 - A priori (por vía de acción) e *in abstracto*, ejercido por un Tribunal Constitucional o por un órgano similar, según el modelo francés.

- ✓ **Fuerza vinculante de la Constitución.** - Se describe a que todas las normas constitucionales son normas jurídicas genuinas, vinculantes y susceptibles de producir efectos jurídicos. Es un principio constitucional que prescribe que tanto los poderes públicos del Estado, como el resto de las



leyes, están vinculados o sometidos a la Constitución, como Ley máxima, ocupa el vértice o la cúspide del ordenamiento jurídico del país.

- ✓ **Sobre interpretación de la Constitución.** - Se da cuando ésta es explicada de tal modo que se le eliminan innumerables normas tácitas, no expresas, dispuestas para regular cualquier aspecto de la vida social y política. Cuando la Constitución es sobre interpretada no quedan espacios libres del derecho constitucional: siempre abarca encontrar una norma constitucional para toda disposición legislativa. Es lo que se denomina una invasión del Constitucionalismo en todos los sectores.
- ✓ **Aplicación directa de las normas constitucionales.** - Lo cual se ve sujeto a la expansión en nuestra sociedad sobre la concepción de la Constitución como moldeadora de las relaciones sociales; si como de la actitud de los jueces que emplean las normas constitucionales en ocasión de cualquier controversia.
- ✓ **Interpretación conforme de las leyes.** - Esta referida a la técnica de interpretación de la ley, la cual se debe de acomodar y armonizar con la Constitución, y en caso de no poder darse interpretación acorde, se declarará inconstitucional.
- ✓ **Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.** Las normas constitucionales son utilizadas para resolver conflictos puramente políticos o en la argumentación política para justificar acciones y decisiones gubernamentales.
(Guastini R. , 2003)



2.1.4. Crítica al neoconstitucionalismo

Después de haber dado a conocer el concepto del neoconstitucionalismo, tenemos que sugerir que produce cierta intranquilidad el rol que han de conceder los jueces frente a esta corriente jurídica.

Así se transforma en peligrosa la disminución del grado de certeza del Derecho derivada de la técnica de “ponderación” de los principios constitucionales y de la interpretación “moral” de la Constitución, por lo que se aplica:

- a) Una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si coexistiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces);
- b) Jueces construyeron un sistema integrado de Derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor.

Bajo estas circunstancias la creación de principios, por obra del legislador, o la configuración de principios, por obra de los jueces o de la dogmática, podría reducir la indeterminación ex ante del Derecho.

Con respecto a los errores sobre el juez, se refiere que:

- a) Si existiese una moral objetiva, igual ésta no es conocida ni compartida por todos los jueces.
- b) No existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (pluralismo ético).
- c) Los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de Derecho y moral para resolver los casos.



- d) Los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra)

Se concluye que crear o configurar principios, o ponderarlos caso por caso, no parece que sean actividades que persigan directamente el valor de la certeza del Derecho, ya que esta quedaría confiada a la conciencia moral de cada juez.

Han Kelsen indicaba que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad podrían “jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional” (Kelsen H. , 2001, pág. 142), por lo que recomendaba “abstenerse de todo este tipo de fraseología en las constituciones, pensamiento el cual aún hoy es base de algunos estudiosos del derecho contemporáneos, como Francisco Laporta quien refiere que los jueces no están preparados para esta tarea porque “su razonamiento moral no pasa de ser vulgar” (Laporta, 2008, pág. 49)

La distinción entre el garantismo y el neoconstitucionalismo, radica que solamente el garantismo logra ser permanente con el problema descrito, por la diferencia de posiciones que ambas aproximaciones teóricas adoptan frente al tema del positivismo metodológico (el garantismo separa al Derecho de la moral, y considera más la unión entre el Derecho y la política, al contrario, el neoconstitucionalismo une al Derecho y la Moral). El modelo, garantista contradice frontalmente el decisionismo en derecho. Para esta teoría, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad.

Al unir el derecho y la moral, conseguimos que los fundamentos de las decisiones de los Jueces se basaran en normas morales universales, por lo que debería emplear racionalmente estas



normas para crear sus propias decisiones futuras. Además, al establecer en la moral del neoconstitucionalismo tendremos problemas con respecto a las elecciones del juez, las cuales se establecerán en sus creencias morales, pudiendo ser estas creencias moralmente incorrectas, o contrarias a los valores morales compartidos por la mayoría, o contrarias a criterios aceptados por la cultura jurídica, etc.

2.1.5. Perú y el Neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo ha madurado en Europa de post guerra, gracias al crecimiento teórico de reconocidos juristas y a fallos de Tribunales constitucionales de inicios del siglo XX, mientras que nuestro Tribunal Constitucional es producto de fines del siglo XX.

El primer Tribunal Constitucional, fue creado por los austriacos el 25 de enero de 1919, impulsado por Hans Kelsen, quien en su “Teoría general del derecho y del Estado” plantea la jerarquización de las normas, manifestando que la norma suprema es la Constitución y concluye que este criterio implica la necesidad de una garantía jurisdiccional”. (Kelsen H. , 2008)

En nuestro país, nace con la Constitución de 1979, denominándose Tribunal de Garantías Constitucionales, entendido como órgano de control de la Constitución, retirando el término garantías, y se establece igualmente que es el órgano de control de Constitución. Se define su autonomía e independencia y se indica que será compuesto por siete miembros, a diferencia del tribunal anterior, cuya composición fue de nueve.

En este corto periodo el Tribunal Constitucional fue agredido por las disposiciones valientes de sus integrantes, siendo la participación más sonada la de la dictadura fujimontesinista, en la cual cuatro de sus miembros fueron sustituidos por pronunciarse



en contra de la ley de interpretación legítima que procuraba la tercera reelección de Fujimori.

Pero no siempre todas las disposiciones tomadas por el Tribunal han sido apropiadas, sino por ejemplo la sentencia del cemento, cambios de posturas sin fundamento, inconveniente entre sentencias en casos parecidos, entre otras cosas, lo cual nos deja ver que aún queda mucho por hacer, entre ellos la disposición para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional.

Si bien gracias al trabajo del Tribunal Constitucional por primera vez se ha visto la expansión de los derechos fundamentales en el resto de ramas del derecho, no podemos decir aún hoy que seamos un estado constitucional.

No se puede saltar la etapa de crecimiento y maduración del constitucionalismo, mientras se siga copiando e intentando proteger las teorías constitucionales europeas en nuestro país, ya que la realidad es distinta, y desperdiciar en discrepancias epistemológicas.

Para poder estar en un estado constitucional se debería de empezar por considerar cuáles son los problemas particulares de nuestro país.

Nuestro Tribunal Constitucional, se encuentra lleno de materia previsional, materia que no es adecuadamente lo que debería de ver un ente de este tipo, asimismo, las Salas constitucionales del Poder Judicial se consagran a ver este tipo de expedientes que deberían de atenderse por otra vía, por lo que se pretende una reelaboración de los tipos de casos que deberían de estar a la mira en vía constitucional, además nuestros actuales Juzgados Constitucionales carecen de profesionales preparados en los actuales cursos de argumentación jurídica, neoconstitucionalismo, y todas las novedades del derecho constitucional, materias las



cuales vienen dictándose muy recientemente en las facultades de derecho y en centros especializados de estudio jurídico del país, por lo que estos Jueces no han recibido esta formación, por todo ello concluimos que en el Perú no podemos hablar de que seamos parte de un eficiente Neoconstitucionalismo, por estar recién comenzado con nuestro constitucionalismo.

SUB CAPITULO II

2.2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional nos conduce siempre a un escenario de conflicto, que a su vez expresa tendencias opuestas de argumentación, al referirse a nuevos cánones de argumentación, desde la perspectiva constitucional, pues traduce la necesidad de asumir una posición más amplia de las tareas de construir argumentos, en tanto dicha exigencia representa uno de los requerimientos de mayor significado para los jueces del Estado constitucional.

Estos nuevos cánones parten de la necesidad de asumir un enfoque argumentativo de mayor contenido axiológico desde la perspectiva de que la interpretación de los derechos fundamentales representa una labor sujeta a estándares más complejos en comparación a la argumentación que se presenta desde el campo de la argumentación en sede ordinaria.

Si el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas, pues los conflictos normativos han de ser resueltos desde la óptica de las normas, por ejemplo: en un proceso penal por homicidio, el acusado que es finalmente condenado, no podría resultar medio culpable ni un poco culpable: o es culpable o no lo es, y en ese sentido, resulta una posición definitiva asumir una visión clara del conflicto, así como una conclusión definitiva.



Es por ello que se dan los principios o criterios de interpretación del derecho, los cuales pretenden llenar los vacíos de las normas a partir de espacios interpretativos que comienzan a partir de la concepción tutelar de los derechos fundamentales como normas, los mismos que deberán cumplir una función integradora respecto a los vacíos que las normas no están en condición de satisfacer.

Ahora, si bien es cierto hay varios criterios de interpretación constitucional que desarrollaremos más adelante en la presente tesis, pero hay uno que prefiere la actuación del Estado por motivos de interés público, seguridad ciudadana, buenas costumbres, orden público por sobre los derechos fundamentales, éste es el Criterio de Previsión de Consecuencias, por el que se han venido dando diferentes discrepancias a la hora de emitir sentencias, este criterio se basa en que el juez Constitucional debe examinar con atención o considerar con prudencia las ventajas y las consecuencias para que la sociedad pueda acarrear en el terreno práctico las decisiones que haya de tomar, es decir es un criterio que hay que tener en cuenta para apreciar las consecuencias que tendrá un fallo, por cual busca la solución de un problema constitucional evaluando costo político, económico o social desencadenante, en aras de no obstaculizar la actuación del Estado y la actividad de los ciudadanos.

Dada la importancia de la Constitución, así como los principios o criterios de interpretación constitucional, y el criterio de previsión de consecuencias que se analizara más adelante con las sentencias expedidas, hay otro tema muy novedoso que es la base fundamental para poder comprender a lo que se quiere llegar con la finalidad de la presente tesis, que es el análisis económico del derecho, que su propósito es pretender demostrar las amplias posibilidades, y su aplicación a las más relevantes instituciones políticas consagradas en los textos constitucionales, a fin de elaborar constituciones que permitan la conformación de Estados equilibrados, estables y



respetuosos de los derechos fundamentales. Es por ello que el análisis económico del derecho puede ser aplicable a toda conducta humana en el cual se toman decisiones libremente. “Un ejemplo de tales decisiones es la llamada decisión política o lo que James Buchanan denomina elección política (*public choice*)”. (Buchanan, 1978, págs. 1-20). Tal decisión implica valoraciones subjetivas, e implica un análisis costo-beneficio previo.

Es así que el análisis económico del derecho es parte importante del análisis funcional y como tal pretende determinar el efecto de cada institución en la realidad concreta. Entonces, en el caso del Derecho constitucional, el análisis económico pretende, empleando el razonamiento propio de la economía, analizar el origen y los efectos de las normas constitucionales en el ámbito que les corresponde, que es el político, así como permitirá explicar el origen y funcionalidad de ciertas instituciones políticas plasmadas en los textos constitucionales, así como, de otro lado proponer normas constitucionales que posean una mayor eficiencia social.

Por lo tanto el tema del análisis económico del derecho unido con el criterio de previsión de consecuencias, hacen que la presente investigación se fundamente en que el criterio de previsión de consecuencias, no es eficiente en el contexto de un Estado de Derecho puesto que podrían afectar la protección de derechos fundamentales en mérito a consideraciones que no son jurídicas, y el análisis económico del derecho, busca de alguna manera, maximizar beneficios al menor costo, o maximizar los resultados o beneficios en un marco de recursos escasos, estos dos conceptos hacen que se realice un análisis funcional de todos los criterios interpretativos, así como norma, y la constitución, para que el objetivo de la investigación con la presentación de conceptos interpretativos, y también sentencias, se pueda llegar a dar a conocer la mejor forma de solución con respecto a los fallos en las sentencias que emite el Tribunal Constitucional , para



que no se vulneren los derechos fundamentales de la persona, ya que deben ser preferidos incluso sobre metas o interés público meramente estatales, así se mostrara la equidad del análisis de estos criterios interpretativos que nos conllevara a dar una propuesta para que los jueces y magistrados, den prioridad a los derechos fundamentales.

2.2.1. Concepto de interpretación constitucional

Para llegar a un concepto efectivo de lo que constituye la interpretación, primero se debe partir de la comprensión clara de los mecanismos legales como materia prima del derecho, estos mecanismos constitucionales como cualquier otra disposición legal, contienen una serie de enunciados que se sujetan a la interpretación compatible con el texto constitucional, en ocasiones simples de entender y en otras difíciles de atribuir significado que determinan el marco de actuación de agentes estatales, y particulares que será identificado a través de la interpretación que constituye un tema relevante en el análisis de la constitucionalidad, debido a que nos provee de criterios respecto a los cuerpos normativos que colisionan con la Carta Política, que no solo benefician a las personas que invocan su derecho fundamental.

Hay que tener en cuenta que la interpretación constituye un tema relevante en el análisis de la constitucionalidad, debido a que nos provee de criterios respecto a los cuerpos normativos que colisionan con la Carta Política, por ello es necesario abordar su análisis en aras de contar con criterios que resulten adecuados para la defensa de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales, en ese sentido García Amado afirma que:

La interpretación es una operación compleja que capta, explicita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el



sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad

(García, 2004)

La constitución goza de por sí, de flexibilidad en sus enunciados, como para ponerla al servicio de los fines y valores que se tengan por mejores, es decir el límite estaría sólo en la evidencia de los límites de significado, que son amplios en muchos casos.

Por supuesto, la interpretación constitucional será en sus resultados dependiente también del modo como se solventa la discusión sobre el valor normativo de sus distintas cláusulas (reglas, principios, directrices, etc.), con lo que una teoría de la interpretación constitucional que se pretenda completa no podrá dejar de pronunciarse sobre esos extremos de teoría general del derecho y de teoría constitucional.

Es así que la particular estructura normativa de las disposiciones de la Constitución que a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subjuntiva (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, ya que la Constitución es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio derecho de dignidad humana.



Por ello en algunos casos, una interpretación constitucional sostenida en razones fuertes a través de la aplicación correcta de los métodos de interpretación constitucional, favorece más y mejor el arribo a una decisión justa, que objetivamente beneficia el incremento del nivel de justicia de la comunidad política.

Esto resulta siendo especialmente relevante para quienes tienen que decidir sobre la posición jurídica de la persona: los jueces, particularmente para cuando tienen que resolver controversias en las que las partes han invocado derechos fundamentales.

Por ello, es necesario abordar su análisis en aras de contar con criterios que resulten adecuados para la defensa de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales. Por eso la interpretación constitucional se convierte en la herramienta más decisiva con la que cuenta el operador jurídico de hoy en día, esta herramienta está destinada a identificar los mandatos constitucionales directamente estatuidos por el constituyente y, cuando esta interpretación la realizan los controladores de la constitucionalidad, en uno y otro caso se trata de normas que descubiertas o creadas mediante la interpretación constitucional, vinculan a todos los intérpretes y conforman el entero ordenamiento jurídico.

Por esta razón, la interpretación constitucional aparece como una actividad de consecuencias trascendentes que obliga a quienes se dedican al derecho a tener un conocimiento dogmático suficiente y correcto de lo que significa y de cómo opera la interpretación constitucional, para estar en condiciones de enfrentar con éxito las cuestiones distintas que las controversias de relevancia constitucional pueden crear particularmente a quienes tienen encargada la labor de decidir con justicia los problemas o conflictos de pretensiones que entorno a los derechos fundamentales puedan surgir.



En tal sentido, no existe zona normativa constitucional que no pueda ser interpretada, así como todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución Orgánica”, que se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado de conformidad con el artículo 1° de la Constitución.

El constitucionalismo supuso, principalmente el reconocimiento y por tal, la constitucionalización de algunos de los derechos humanos, a los que se les impregno de garantía de fuerza para poderla asociar a través de la Constitución. Además, la corriente ha traído consigo que la protección de la persona sea ampliada por los cánones respectivos continuamente a favor del hombre, o como se da por medio de la técnica explicativa, una de estas técnicas o interpretación es el principio *pro homine*, que permite elegir la diversidad de normas, optando por el que mejor protección brinda en favor del hombre, según Mónica Pinto afirma que:

El principio *pro homine*, es un criterio hermenéutico por el cual informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, cuando se reconoce los derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

(Pinto, 2004, pág. 163)

Este principio expresa el mayor valor de la libertad de la persona, característica principal de los derechos humanos, por lo cual su eficacia se extiende hacia todo el ordenamiento jurídico y reclama la mayor satisfacción posible que tenga de su contenido.



Se ha desarrollado más bien como un criterio de preferencia de normas, a efectos de considerar aplicable aquella que resulte más protectora de los derechos humanos de la persona, con independencia de su jerarquía en el sistema de fuentes del Derecho, es decir, sin importar si pertenece al Derecho interno o al Derecho Internacional.

Por otra parte, la jurisdicción constitucional, utiliza la argumentación, técnica, interpretación, procedimiento, razonamiento, valores y principios superiores de que se aplica en la jurisdicción ordinaria.

Los derechos humanos en el Estado constitucional de derecho se encuentran en una constante evolución desde que fue proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, esto a su vez trajo la internalización de los derechos humanos como fortaleza de la esfera del hombre. Su contenido a nivel supranacional, asimismo en sede nacional, y por tal los derechos establecidos en las constituciones modernas se han ampliado y han desarrollado los derechos humanos, a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Fundamentan el orden social y jurídico del Estado en gran medida los valores y principios de la Constitución, por lo que esta condición jurídica ha permitido que se reconozca que los valores superiores gocen una triple dimensión; esto es siguiendo a Antonio Pérez Luño lo siguiente:

- a) **Fundamentadora**, así como el ordenamiento jurídico en su conjunto, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales.
- b) **Orientadora**, la adquisición de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional o que dificulte la consecución o que persiga fines diferentes, que hacen



ilegitima cualquier disposición normativa, hacia unas metas o fines predeterminados, del orden jurídico-político, en sentido eficiente.

- c) **Crítica**, reside en su capacidad para servir de razón o parámetro de valoración de hechos o conductas, en cuanto a su función como la de cualquier otro valor. De forma que es viable un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que pueden incluir de valor o disvalor, por su aprobación o infracción a los valores constitucionales.

(Perez Luño, 1991, pág. 288)

La Constitución contiene un conjunto de símbolos, signos, significados, que juntos dan el contenido hablado; en otras palabras, se expresa un lenguaje normativo, o como lo afirma Luigi Ferrajoli:

El lenguaje legal es de hecho no solo un lenguaje normativo artificial, esto es, construido por el legislador, sino además un lenguaje regulado, al ser también artificiales las normas positivas superiores a él, tanto las reglas sintácticas o formales, como las semánticas o sustanciales sobre su producción.

(Ferrajoli, 2005, pág. 50)

En consecuencia, es por ello que las normas expresadas, por el lenguaje legal que se manifiestan, al mismo tiempo como reglas, en relación con los hechos regulados, y como hechos que puede evaluarse la conformidad o no conformidad, la coherencia o incoherencia e incluso, la validez o la invalidez, en vínculo con las normas por las cuales ellas mismas son a su vez reguladas

El parámetro de control en el proceso de constitucionalización de los derechos, abarca indudablemente que se realice el



proceso interpretativo conforme de las normas secundarias, es decir, que las leyes estén de acuerdo a la Constitución. Si se da esa prevalencia constitucional, podemos afirmar que el sistema está impregnado por normas constitucionales, por tal, el Estado tiene el modelo de Estado constitucional de derecho

Según lo afirma Guastini Riccardo:

Esto significa que, no existe un texto normativo que tenga un solo significado, determinado antes de su interpretación. Por otro lado, si se usa el vocablo “norma” para referirse no al texto mismo, sino a su significado, se puede decir que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa.

(Guastini R. , 2001)

Es así, que ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación, sucede frecuentemente que cierta disposición legislativa-interpretada, es susceptible de dos interpretaciones, la primera, que contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda, por el contrario, es del todo conforme con la Constitución, es decir, aquella que adecua, armoniza la ley interpretada con la Constitución, eligiendo frente a una doble posibilidad interpretativa, el significado o sea la norma que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.

Ahora, la explicación de las normas no es una creación moderna, pues desde siempre existió como centro técnico para definir algo que obviamente no era claro. Por ello la interpretación constitucional se dirige a aclarar, averiguar algo que está oculto para llegar a precisar la norma; es un proceso intelectual a través del cual, partiendo de fórmulas lingüísticas contenidas en el enunciado se llega a un contenido normativo; esto es, se pasa de los significantes (enunciados) a los significados (normas)”.



En concreto, analizar es aclarar algo que es confuso, ambiguo u oscuro, es darle luz para que se vea lo que es, o inspeccionar qué es lo que tenemos al frente, de manera que de un enunciado o premisa jurídica se llegue a aclarar la norma, es decir de la disposición sujeta a explicación se extrae la norma a aplicar, con tal que se llegue a concretizar el derecho.

La interpretación institucional permite reconocer en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica precisa, la que, desde luego, debe tomar en consideración a la persona humana. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos despojados de interrelación, pues ello supone conclusiones incoherentes. Por el contrario, su orden interna obliga a considerar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones adquirientes de una lógica integradora uniforme.

Si bien es cierto los tribunales constitucionales en la actualidad cuentan con mecanismos apropiados para resolver cuándo una norma es contraria a la Constitución, esto de manera en especial, pero ahora no solo los jueces constitucionales sino también el juez ordinario; el instituto de la interpretación constitucional en los últimos años ha venido percibiendo relevancia jurídica, pero también ha creado controversia al disponer el caso concreto.

El juez ordinario a la hora de disponer un caso le es más fácil realizar la subsunción del hecho a la norma jurídica, por lo general y en mayoría de casos adherir el derecho; este comportamiento o actividad no es así en los jueces o tribunales constitucionales, pues su labor va más allá de la simple utilidad del texto constitucional, pues, tiene que descubrir la debida interpretación del texto, lo que le permite ser verdadero creador de derecho.



Los tribunales ordinarios siguen ligados a la dogmática tradicional, a las categorías conformadas en las disciplinas particulares, y básicamente en el campo del derecho privado, así como una idea formalista de la justicia. Permanece en lo sustancial una concepción pasiva en los tribunales ordinarios de su definida función como jurisdicción constitucional.

El derecho fundamental en nuestra Constitución constituye el punto vital del sistema jurídico, por tal implica la obligación de comentar la ley en la forma más conveniente a la “maximización” de su contenido. Por ello la descripción se da en un entorno de maximizar la disposición sea legal o constitucional a favor del destinatario.

En tal sentido, la explicación de los reglamentos legales haya de crearse a la luz de las normas constitucionales y fundamentalmente de aquellas que notifican y consagran derechos fundamentales y libertades públicas, debiendo dominar en caso de duda la explicación que dote de mayor posibilidad y vigor al derecho fundamental. Es así que puede pues, enunciar que una de las constantes de nuestra doctrina constitucional y, por efecto de ella, de la propia jurisprudencia es la reafirmación del principio hermenéutico esto es, del ya aludido principio de que los derechos deben analizarse del modo más amplio posible, es por ello que la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más conveniente para la efectividad de tales derechos.

2.3. EL CRITERIO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS.

Un tema polémico, y que tiene importancia para el análisis que estamos efectuando, es el que se refiere a la llamada previsión de consecuencias y si la misma puede ser considerada dentro de la interpretación que efectúa el Poder Judicial y en especial el Tribunal Constitucional. Aunque pueda parecer contradictorio con una



concepción funcional de la interpretación constitucional, que la estamos usando, debemos señalar que el empleo de la previsión de consecuencias no es eficiente en el contexto de un Estado de Derecho puesto que podrían afectar la protección de derechos fundamentales en mérito a consideraciones que no son jurídicas.

Una aclaración que vamos a efectuar siempre, según María Sofía Sagues es que:

EL análisis funcional sigue siendo jurídico y nos lleva a emplear métodos racionales para interpretar y desarrollar las normas, pero que el mismo no implica justificar decisiones jurisdiccionales en aspectos operativos como, por ejemplo, la existencia de créditos presupuestales o la posibilidad de afectación del erario público.

(Sagues, 2010, pág. 225)

“El análisis funcional, entonces, no constituye un concepto utilitarista. De hecho, existe una aparente tensión entre las interpretaciones deontológicas y aquellas que se sustentan en la previsión de consecuencias por parte del intérprete de la Constitución” (Lamprea M, 2006, pág. 77)

Desafortunadamente el Tribunal Constitucional no ha sido consistente en la aplicación de lo antes indicado, empleando este concepto en algunas oportunidades, con resultados inadecuados.

Este principio ha sido utilizado en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional, aunque sin darle igual reconocimiento que a los otros criterios, no obstante, su importancia es gravitante y su uso reiterado, se trata pues de un criterio sin duda polémico, pues implica tomar en cuenta consideraciones extrajudiciales, inclusive cuestionando la controversia de resolver de acuerdo con lo que es prima facie coherente con la Constitución. Al respecto, sucede que en muchas



oportunidades una decisión formalmente ajustada a la Constitución (y las normas procesales) puede acarrear, en el futuro, peores consecuencias para el propio ordenamiento constitucional. En este sentido, una interpretación que considere “en serio “los valores que subyacen a la Norma Fundamental no puede tener resultados manifiestamente caóticos o que patenten gruesas injusticias (*summa lex, summa iniuria*). Entonces, este criterio implica, cuando menos, “resolver atendiendo también a las consecuencias reales de la decisión” (García Belaunde, 1994), así como “morigerar las reglas procesales con la finalidad de lograr auténtica justicia constitucional” (Landa Arroyo, 2006, págs. 64-68).

Así visto, básicamente estos serían los principales supuestos en los que resulta aconsejable resolver conforme al criterio de previsión de consecuencias: (a) **cuando se está ante un caso trágico**, es decir,” respecto del cual no puede encontrarse ninguna solución jurídica que no sacrifique ningún valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y moral” (Atienza, 2007); y (b) **cuando las formas procesales** (sobre todo vinculadas al modo de sentenciar, y a los efectos y ejecución de las resoluciones) **deban flexibilizarse, sin quebrar el proceso justo**, con la finalidad de tutelar adecuadamente los bienes constitucionales involucrados en el caso así como el fondo de lo resuelto. Precisamente, constatamos que el Tribunal Constitucional ha hecho uso de distintas técnicas que modelan el contenido de sus decisiones o los efectos de sus sentencias, al margen de lo constitucional y procesalmente establecido, con la finalidad de proteger adecuadamente el orden constitucional. Tal es el caso de las sentencias interpretativas y manipulativas ¹, o la declaración del estado de cosas inconstitucionales, que constituyen formas atípicas de sentenciar. Tal vez más claramente vinculado con el criterio de previsión de consecuencias, encontramos al empleo de sentencias

¹ STC Exp. N°0010-2002-AL Y STC Exp. N° 0004-2004-CC



exhortativas y de mera incompatibilidad, en las que, no obstante reconocerse un vicio de constitucionalidad cierto, se le encarga al legislador la solución de este impase, sin que la norma sea inmediatamente abrogada, como correspondería.² Igualmente, puede mencionarse la determinación de una eficacia prospectiva del precedente vinculante (*prospective overruling*)³, a través de la cual el Tribunal Constitucional dispone que la aplicación de un nuevo precedente o criterio vinculante opere con lapso diferido (*vacatio sententiae*)⁴ pese a no ser lo regular, con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar algunas injusticias acaecidas por el cambio súbito de la regla vinculante anterior.

El criterio de previsión de consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas.

Ello tiene lugar solo en el caso de que la consecuencia pueda ser eventualmente lesiva de derechos o principios constitucionales, de modo que las medidas ordenadas estarán orientadas a evitar tales consecuencias.⁵

2.3.1. Criterio de unidad de la Constitución

Este criterio implica considerar a la Constitución como un todo armónico y sistemático, pues se señala que dentro de la Constitución no pueden existir contradicciones, como incongruencias o antinomias, es decir consiste que la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, de las disposiciones constitucionales, ya que estas constituyen un

² Aunque el Tribunal puede proponer soluciones, e incluso declarar la directa eficacia de su decisión en caso de ocio legislativo.

³ STC Exp. N°0024-2003-AI/TC; STC Exp. N°0090-2004-AA/TC, f.j.5

⁴ STC Exp. N°0030-2004-AI/TC, f.j.13 y STC Exp. N°0010-2002-AI/TC, f.j.103

⁵ STC Exp. N°00025-2005-PI/TC, f.j.108



conjunto que se interrelaciona y retroalimenta, formando una unidad, es decir que, busca considerar a la Constitución como un todo y no limitar la interpretación de la norma de inferior jerarquía a una determinada norma constitucional, en razón de la afinidad de la materia.

Este criterio “unidad de la Constitución” no solo permite superar colisiones o conflictos normativos, sino que debe tomar en cuenta aspectos distintos a sus disposiciones normativas, para favorecer, por ejemplo, interpretaciones que concilien lo formal (procedimental) con lo sustantivo, lo individual con lo social los atributos subjetivos con los bienes objetivos, la normalidad (Constitución viva” de la realidad) con la normatividad (Constitución formal), etc.; pues todos estos son ámbitos o planos de toda Norma Fundamental, entre los cuales debe evitarse las desarmonías o conflictos al interpretar.

Por lo cual se concluye que, según este criterio de interpretación, el operador jurisdiccional, debe considerar que la Constitución no es una norma, sino en realidad un ordenamiento en sí mismo, compuesto por una pluralidad de disposiciones que forman una unidad de conjunto y de sentido, es decir este operador jurisdiccional, al interpretar cada una de sus cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fuera compartimientos estancos o aislados, sino cuidando que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el Poder Constituyente, por ello ha de evitarse una interpretación de la Constitución que genere superposición de normas, normas contradictorias o redundantes.



2.3.2. Criterio de concordancia práctica.

Se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos, ya que pretende dotarse de eficacia a bienes jurídicos en apariencia enfrentados, procurando que sean satisfechos al máximo (es decir, optimizados), sin sacrificar a ninguno de ellos. Conlleva la complejidad de resolver, en ciertos casos, el problema que se plantea cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el contenido de los bienes garantizados por la Constitución, deberá ser determinado en coordinación (o equilibrio) con los otros bienes también consagrados allí, sin que quepa sacrificar algunos de estos (menos valiosos) en defensa de otros. Es decir, este criterio, es correlato del carácter normativo de la Constitución, y si esta tiene valor jurídico real y vinculante, entonces no pueden existir ámbitos desprotegidos ni carentes de eficacia; por ello, en caso de conflicto, debe asegurarse la optimización de todos los bienes en conflicto.

En virtud del principio de concordancia práctica toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada Constitución orgánica, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales.

Es necesario mencionar que el “principio de concordancia práctica no es del todo compatible con la conocida técnica de la ponderación de bienes, utilizada sobre todo en el ámbito de la interpretación de derechos fundamentales. Si bien ambos criterios interpretativos son abrumadoramente aceptados por la doctrina y



jurisprudencia nacionales, se debe tener en cuenta que la concordancia práctica exige que ambos sean optimizados; mientras que la técnica de la ponderación implica aceptar que un principio resulte “vencedor” y otro “derrotado”

Por lo cual afinamos, que el principio de unidad de la Constitución y de concordancia práctica permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativa axiológica de la Constitución en conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, no puede permitirse que su pretexto de relevar ámbitos protegidos por nuestra Carta Fundamental, se sacrifique el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental. Hacerlo, implicaría generar un desequilibrio repudiado por la configuración unitaria de nuestro orden constitucional, que reclama la consecución de todo fin constitucional bajo el máximo respeto del principio interpretativo de concordancia práctica.

2.3.3. Criterio de la eficacia integradora de la Constitución

Consiste en tener en cuenta que uno de los propósitos fundamentales de una Constitución es el de buscar la unidad política del Estado y de todos sus elementos constitutivos. Es de gran utilidad, sobre todo, cuando se trata de interpretación de normas relacionadas con el funcionamiento de los órganos del Estado. Busca interpretar la Norma Fundamental en el sentido de mantener y promover la unidad de la comunidad política. Es así que se destaca que la Norma fundamental no solo es norma, sino también “realidad integradora permanente y continua”, cuya “eficacia integradora” nace de la “continua creación y renovación de la dinámica constitucional”. El Tribunal Constitucional ha



señalado que a partir de este criterio el resultado de la interpretación constitucional “solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad⁶. Así considerado, la interpretación constitucional debe contribuir a integrar la comunidad política, a sus órganos e instancias, por ejemplo, de limitando las competencias y relaciones entre el Gobierno Nacional y los regionales ⁷, entre gobiernos locales, entre organismos constitucionalmente autónomos; y al engarzar la autonomía de los particulares con los fines colectivos, etc.

Asimismo, la interpretación desde este “principio” debe afirmar el “sentimiento constitucional” (Lucas Verdú, 1985, pág. 66 y ss) y el “patriotismo constitucional” (Sternberger, 2001), lo que el Tribunal Constitucional logra al buscar que se consolide una identidad en la Constitución, así como al cumplir con sus funciones de racionalizar y moderar conflictos, y de encauzar la vida político constitucional del país. Por este criterio, el producto de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

2.3.4. Criterio de corrección funcional

Debe ser interpretada respetándose las funciones encomendadas a cada órgano, sin evadir o restringir competencias ajenas. ⁸

Este principio se dirige sobre todo al intérprete de la Carta fundamental: “el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones encomendadas”, dicho órgano no deberá modificar la distribución de funciones a través del modo y del

⁶ STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC, f.j. 12.d

⁷ STC Exp. N°2209-2002-AA/TC, f.j. 30 y ss.

⁸ STC Exp. N° 3330-2004-AA/TC, f.j.27



resultado de dicha interpretación, al interpretar, los jueces constitucionales no pueden desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente asignó tanto a él como a cada uno de los órganos constitucionales. Entonces, estos no pueden atribuirse potestades que no le corresponde (legislativas, reglamentarias, administrativas, de jurisdicción ordinaria, etc.) ni recordar innecesariamente facultades ajenas (imponiendo sus propios criterios sobre la oportunidad o conveniencia de las decisiones políticas); manteniéndose, de esta forma, el sistema de frenos y contrapesos políticos propios de las democracias constitucionales.

El principio de corrección funcional, exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

2.3.5. Criterio de fuerza normativa de la Constitución

Este “principio” se encuentra relacionado con la naturaleza vinculante y jerarquía superior de la Norma Fundamental, se puede destacar dos manifestaciones vinculadas a esta pauta interpretativa: en primer lugar, la Constitución debe interpretarse como auténtica norma vinculante, cuya supremacía es jurídica y valorativa⁹, y cuya fuerza alcanza a toda la comunidad política: los poderes públicos, los actores económicos y sociales, a los ciudadanos en general¹⁰. Pues se reitera que no es admisible concebir a la Constitución como un texto político referencial o alegórico, sino como verdadera norma obligatoria, la más

⁹ STC Exp. N° 2939-2004- AA/TC, f.j. 8

¹⁰ STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, f.j.5 y ss



importante y superior de todas (esto, desde luego, no opta a que deba atenderse al diverso grado de concreción o a la estructura de sus disposiciones). Por otro lado, esta pauta alude también a que a cada una de las disposiciones de la Carta se le debe atribuir la máxima eficacia, por tanto, toda interpretación que se realice de estas no debe banalizar ni atenuar su contenido vinculante y exigible, por el contrario, de entre las diversas interpretaciones posibles, debería favorecerse aquellas que permitan su mayor eficacia, no solo en sentido jurídico-formal, sino real.

Según el criterio de fuerza normativa de la Constitución, la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

2.3.6. Criterio de la adaptación a las circunstancias

Se basa en que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación.

2.3.7. Criterio de la continuidad interpretativa

Este principio le concede especial importancia a la jurisprudencia sentada por los jueces de constitucionalidad

2.3.8. Criterio de la finalidad de la Constitución.

Se basa en la necesidad de asegurar los bienes esenciales que en la Constitución se propongan.



2.4. CLASES DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

A. La interpretación y la derrotabilidad normativa.

La interpretación principalmente constitucional incide y decide sobre problemas políticos que tiene el Estado, esta interpretación no solo se da entre conflictos inter partes, puede y de hecho se presenta ante los actos de gobierno. Es por ello que toda norma jurídica en ocasiones requiere ser interpretada, sea cual fuera el sistema o procedimiento a usarse, ya que eso es normal por el contenido normativo.

Si bien el Tribunal Constitucional realiza la explicación correspondiente que constituye al texto constitucional, esto no quiere decir que sus decisiones sean de santa inclinación jurídica; si no de hecho puede haber errado y entonces el efecto tendría la ocasión de recurrir al Tribunal Internacional cuando de afectación de derechos fundamentales se trate. Es así que la Ex Presidenta del Tribunal Constitucional Federal alemán Jutta Limbach ,expresaba únicamente “porque el Tribunal Constitucional tiene en materia de análisis de la Ley Fundamental la última palabra, necesita del pensamiento crítico tanto del foro público civil como del gremio de los juristas” (Limbach, 2000, pág. 126)

La propia Constitución y la Ley Orgánica del propio Tribunal Constitucional actúa dentro de los cánones pre establecidos, por lo cual la labor que realiza el Tribunal Constitucional es la de mayor relevancia jurídica; ello permite oxigenar algunas críticas que no siempre son ajenas a la labor que realiza.

El tema de la interpretación legal, así como la interpretación constitucional está unido al tema de la derrotabilidad normativa o del derecho. Aunque se discrepa que el derecho, por ser derecho no puede ser derrotado. Así, una norma es derrotable, por medio de la interpretación legal o constitucional, esto es que la norma se derrota,



porque el derecho no es derrotable; mayor razón si se trata de derechos fundamentales; ya que el derecho constitucional no podrá ser derrotado, podrá ser optimizado, pero jamás derrotado. Lógicamente hay derecho de creación legal, pero en esa creación legal puede haber de formalidad con el sistema constitucional, entonces la norma jurídica es derrotable por su incompreensión con el derecho constitucional.

Siguiendo a Alfonso García:

La derrotabilidad responde a una petición de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser verificables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prevenir. Sin embargo, la razón práctica no solo sirve para fundar la derrotabilidad de las normas; también es el instrumento para administrar la derrotabilidad.

(García Figueroa, Carbonell Sánchez, & García Jaramillo, 2010, págs. 198-199)

Desde ese punto de vista, solo considerando las normas y eso incluye las jurídicas como normas sometidas a la razón práctica general, las normas son comprensibles, ya que existen y podemos conocer su contenido, y su aplicación puede mantenerse bajo control. Desde ese punto de vista, la derrotabilidad de las normas es una exigencia de la razón práctica, pero al mismo tiempo es un mecanismo administrado y mantenido bajo control por la razón práctica.

Siendo esto así, la derrotabilidad de las normas es una correspondencia de la supremacía constitucional, esto es, que las normas se sujetan bajo el poder de la Constitución a la constitucionalidad de sus enunciados normativos. Bajo esa comprensión también las normas sirven de parámetros de control de



otras normas de inferior a las legales, esto es una consecuencia de la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, Juan García afirma que,

La interpretación es una acción compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explícita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse.

(García Amado, 2004, pág. 44)

Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su comprensión y constante consideración en la tarea interpretativa esta falta de patrón de cambio o verdad.

En tal sentido, como dice Ulises Schmill Ordóñez como anulabilidad debe entenderse la derrotabilidad del derecho, en tal sentido; insistir en ello que la concepción fuerte del derecho permite comprender a éste de manera tal que lleve a cabo dos funciones esenciales:

- 1.- Determinando las conductas que han de desarrollarse acorde a las normas jurídicas, la que podría denominarse función regulativa o normal del derecho y;
- 2.- “Servir como criterio de anulación o derrotabilidad de las normas dependiendo o condicionadas de otras normas, la que podría denominarse función derrotadora”. (Schmill Ordoñez, 2009, pág. 236)

Finalmente podemos afirmar que la derrotabilidad no es un concepto objetivo propio de los sistemas jurídicos, sino que es un concepto derivado y subordinado a la interpretación del derecho; esto es la consecuencia de la fundamentalización de los derechos de acuerdo al texto constitucional; es decir, reconocer de las evaluaciones de los



intérpretes y la acción de entender no es conocer el derecho, sino colaborar a hacerlo.

La Constitución no puede condensar todos los posibles actos o hechos del Estado, esto es como advierte Antonio Martínez:

Los datos que la Constitución ofrece pueden no bastar, y no bastarán normalmente, para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica; será preciso, entonces, acudir a criterios externos a la propia Constitución, preguntándose cuál es el significado del derecho fundamental recogido en cada criterio constitucional.

(Martínez Pujalte, 1997, pág. 69)

Esto quiere decir en definitiva que el Tribunal Constitucional cuando, con una expresión ciertamente algo confusa, reclama acudir a las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho

Consecuentemente, el intérprete se opone a un caso de valorativa, en el contexto de una norma jurídica. En tal sentido, como expresan Pablo Navarro Y Jorge Rodríguez:

Las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que siempre es posible otorgar importancia normativa prescriptiva a ciertas propiedades que no han sido tomadas en cuenta por la autoridad normativa.

(Eugenio & L, 2000)

Puede ser que un cierto interprete o quien tiene a su cargo la responsabilidad de solucionar un caso individual considere que una propiedad que no ha sido considerada relevante por la autoridad normativa debe ser tomada como relevante desde cierto punto de vista axiológico. En esos casos se dirá que existe una laguna



axiológica en el sistema en el sentido de un enunciado de crítica respecto de sus soluciones.

B. La interpretación de los derechos fundamentales.

Como se ha mencionado la constitución no es un ordenamiento neutral o carente de valores fundamentales, desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de derechos fundamentales. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una determinación constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho, legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso.

La afectación de los derechos fundamentales, se puede dar en tres niveles: “afectan leve”, “afectación media” y “afectación intensa”. Ahora bien, la vinculación de los derechos fundamentales en la que se hallan los organismos públicos, no significa que tales derechos solo se puedan enfrentar a ellos, en tanto que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal Constitucional ha manifestado en múltiples ocasiones (algunas veces de manera tácita implícita, otras de manera expresa) que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales asocian tanto al Estado como a los particulares; en otras palabras, los derechos fundamentales tienen doble disposición de vinculación.

El tema de la interpretación de los derechos fundamentales tras la Segunda Guerra Mundial ha significado la mundialización de los derechos humanos, como componente determinante de la dignidad humana, esto es, que la dignidad de la persona humana sea confirmada por la constitucionalización de los derechos humanos en los textos constitucionales. En otras palabras, los



derechos fundamentales de la persona se sustentan en la dignidad axiológica del ser humano, la circunstancia de ser social y decisivo en el Estado.

A la vez, la internalización de los derechos humanos ha autorizado que el hombre y siempre el hombre como ser social sea el único favorecido de la interpretación extensiva de los derechos humanos, por tal circunstancia ante la teoría de una duda interpretativa la determinación igualmente debe presidir por la continuación del proceso y no por su cese; pues de por medio esta la incidencia de los derechos del hombre.

En palabras del Tribunal Constitucional peruano, la alternativa contraria considerara cambiar el funcionamiento y el objetivo de los procesos en general, y de los procesos constitucionales en particular, pues compromete cambiar, erróneamente, una duda interpretativa respecto de las exigencias propias del instrumento de tutela en un elemento definitivo para tener acceso a la tutela constitucional de los derechos.

Si bien la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en los últimos tiempos ha cobrado suma importancia, ello se debe al uso de la interpretación constitucional como único medio de dar sentido a los enunciados constitucionales.

Los derechos fundamentales no solo establecen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que estos tienen la disposición de difundir por todo el ordenamiento jurídico, comenzar, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben analizar y adaptar de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se encuentran especialmente comprometidos en resolver las discusiones para los cuales son componentes, de conformidad con esos derechos.



Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desenvolver a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales.¹¹

Si bien, como dice Leonor Moral:

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y tribunales, quienes comentaran y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la explicación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso.

(Moral Soriano, 2002, págs. 162-163)

Estos principios en el sistema constitucional, no son en puridad formalismo, por cuanto la interpretación se adecua a dar mayor relevancia al ejercicio del derecho fundamental.

Los derechos fundamentales al ser la esencial del constitucionalismo, en el Estado constitucional de derecho, su fundamentalidad en el sistema de normas se orienta a su maximización; por tal requisito, los tribunales ordinarios y en especial el Tribunal Constitucional, en materia de interpretación, debe interponer cada vez más a determinar los alcances de la limitación o obstáculo del ejercicio de un derecho constitucional de naturaleza procesal, bajo la cobertura del principio *pro actione*, según el cual, tratándose, del derecho de acceso a un tribunal de justicia, el operador judicial debe explicar las restricciones impuestas a tal derecho del modo que mejor se optimice su ejercicio. Es decir, este principio se basa en la capacidad que tiene el juez de solucionar a favor de la admisión de la demanda

¹¹ STCP. Exp. N°0976-2001-AA/TC. F.J.N°9



o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso. Es necesario, así lo exige la efectiva protección de los derechos constitucionales y la efectiva vigencia de la norma constitucional, que exista la certeza de que el proceso constitucional no va más para recién poder declarar su conclusión. Y es así que en la menos sospecha de que debe continuar, obliga al juzgador a proseguir el proceso, se impone a los juzgadores la petición de analizar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena existencia del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe regir por la continuación del proceso y no por su extinción, de este modo se debe analizar en sentido favorable para facilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente con eliminación de toda opción interpretativa que sea contraria a ese objetivo, es decir el operador judicial debe comentar las limitaciones impuestas a tal derecho del modo que mejor se optimice su ejercicio.

C. La actividad hermenéutica.

La realidad política y jurídica demuestra que el Tribunal Constitucional desarrolla la interpretación constitucional con el fin de manifestar el sentido racional de la disposición puesta al trabajo interpretativo. En efecto, en toda la actividad, es decir, en cada caso a aclarar ejecutar la interpretación de las disposiciones en conflicto, esa es su naturaleza ineludible; por otra parte, la labor de interpretación no puede ser parcial a voluntad del intérprete. Eso sería incomprensible en el Estado constitucional de derecho, sino más bien es una actividad de innovación en base a los términos expuestos por el poder constituyente, pero



actualizado, precisamente mediante la interpretación constitucional.

Desde esta perspectiva podemos sugerir que, si bien la hermenéutica constitucional y de la ley no es diferente al órgano judicial, la labor del Tribunal Constitucional, al ser máximo ejecutante y guardián de la Constitución, se encuentra en una postura superior en grado de maximizar la Constitución.

En tal sentido, la actividad interpretativa es resultado del control de constitucionalidad.

Ahora bien, la actividad interpretativa es tarea esencial en el Estado constitucional de derecho que es confiada al Tribunal Constitucional en última instancia, quien no solo desarrolla la interpretación de las disposiciones constitucionales, sino además el reajuste de tales enunciados al contexto social. Se trata, como manifiesta Matthias Herdegen “De las Cortes Constitucionales no como voces auténticas de la Constitución, sino como autoridades máximas en su interpretación, con libertad de ajustar su propia jurisprudencia a nuevas inspiraciones.” (Matthias, 2003, pág. 83)

Por lo que se coincide en reconocer a la corte Constitucional como interprete último, y guardián de los derechos fundamentales y del balance entre los poderes públicos.

La técnica hermenéutica, es de precisión, de búsqueda, de aclarar o descubrir algún sentido alejado a la comprensión textual de algún enunciado normativo. Razón por la cual, como dice Gerhard Leibholz, “Con la elaboración del principio técnico de la interpretación, el Tribunal debe buscar con todo detenimiento la probabilidad de una interpretación, con arreglo a la cual una ley presuntamente inconstitucional no viole la Constitución” (Gerhard, 1971, págs. 167-168)



Según esta regla, en caso de existir diferentes interpretaciones posibles de una misma ley, hay que dar prioridad, cuando exista, a aquella que haga que la ley argumentada sea compatible con la Constitución, de manera que la determinación Constitucional exprese efecto jurídico constitucional basada en razones justificadas, en principio sobre la base constitucional, acompañada de la razón o muestra interpretativa del operador jurídico.

D. La interpretación de normas de disposiciones.

El principio de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, demandan que se examine si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que lo salve de una revelación de invalidez, en cuyo caso la declaración de inconstitucionalidad no agravara sobre la disposición, sino sobre la norma inferida de ella, esto es, sobre la interpretación reñida con la Constitución. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, es la *última ratio* a la cual debe interponer el tribunal cuando no sea posible sacar de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se adapte a la Constitución.¹²

Entonces, la opción por declarar inconstitucionalidad una ley, es por la imposibilidad de descubrir algún sentido normativo dentro de las posibles interpretaciones elaboradas que estas incurran y guarden relación al menos en un grado de consideración con la Constitución, que la ley guarde afinidad con la Constitución, de manera que por la vía interpretativa se logre salvar la ley y por tal, se le conceda estar entre las fuentes del derecho válidamente.

En los actos jurídicos con ello nos referimos a las normas jurídicas, la posición del intérprete se da desde otra dimensión. Si

¹² STCP. Exp. N° 0017-2003-AI/TC.F.J.N°24



bien se puede comentar cualquier objeto percibible e incluso aquellos actos que el sentido no puede ver, como, por ejemplo, el ruido.

Cuando se habla de interpretación jurídica o de interpretación constitucional, entramos en otra dimensión del derecho; si bien ambos tipos de explicación corresponden a lo jurídico, sin embargo, hablar de interpretación constitucional no es lo mismo que interpretación judicial, pues el primero destaca el sistema de fuentes.

En efecto, siguiendo a Luis Prieto:

La interpretación constitucional, constituye una modalidad de la interpretación jurídica y, por tanto, comparte muchas de las dificultades y técnicas que caracterizan a una doctrina general de la interpretación. Sin embargo, presenta algunas dificultades particulares, unas derivadas de la propia naturaleza de su objeto normativo.

(Prieto Sanchis, 1991)

Por lo cual hay otras que argumentan a la peculiar función de los órganos jurisdiccionales o también especiales consecuencias que se asignan a sus decisiones. Por ello, el objeto normativo de la explicación constitucional se sustenta en principio sobre la Constitución, así como en los tratados sobre derechos humanos, y toma en cuenta unos principios y métodos propios del Derecho Constitucional.

La interpretación jurídica está dirigida específicamente a esclarecer lo que manifiesta la norma dispositiva, generalmente se explica con el conjunto de normas, a fin de buscar el sentido lógico o secuencial; en cambio, la interpretación constitucional se refiere a interpretar la ley con el dispositivo constitucional, de manera que la ley para ser válida y pueda durar en el sistema de



fuentes requiere estar en relación normativa con el texto constitucional.

Los derechos fundamentales han venido a cambiar el sentido del derecho a través de la jurisprudencia constitucional; así la interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, como advierte el sumo interprete de la Constitución es aquella que adecua, armoniza la ley a la Constitución (previamente interpretada, se entiende), prefiriendo aquella (o sea, la norma) que evita cualquier contradicción entre ley y Constitución. El efecto de semejante interpretación es, obviamente, la de proteger la utilidad de la ley que, de otra forma, habría sido declarada inconstitucional.

Si bien por una parte casi todas las constituciones del mundo recogen los derechos fundamentales, también, es que no todos los Estados sustentan un punto de vista universal sobre los derechos esenciales, llamase garantía constitucional o simplemente derechos fundamentales, esto es por naturaleza, siguiendo a Gabriel Mora:

Teóricamente las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico, y en tal sentido, exigen de parte de sus jueces un ejercicio hermenéutico tendiente a respaldar, maximizar y esparcir sus postulados. Combinado esto con lo anterior, parece claro que buena parte de los problemas de análisis en materia constitucional están referidos a la manera como los jueces constitucionales justifican sus decisiones de tal forma que sean coherentes con estos valores y no, por el contrario, que dichas justificaciones encubran sus propias ideologías personales

(Mora Restrepo, 2009, pág. 20)



Puesto que, las decisiones constitucionales son discutir de la interpretación constitucional, así una decisión será amparada material y procesalmente cuando tienda a maximizar la Constitución.

El Tribunal Constitucional al desarrollar la interpretación evita la oposición o choque entre valores o derechos. Así, el juez o Tribunal Constitucional tiene la tarea y cometido primordial de prevenir que existan colisiones entre las disposiciones constitucionales, que por su naturaleza tienen alto contenido de valores, los que están formulados en cláusulas abiertas para que el operador jurídico realice la interpretación y animarse objetivamente a la luz del caso presente.

En tal sentido, el operador-interprete, extrae la norma de la disposición llevada a interpretación, pero a manera de aclarar el sentido o darle contenido jurídico. Siguiendo a Levis Zerpa podemos decir que:

Se interpretan proposiciones, textos o títulos para llegar a una idea que parece importante: dentro de esta percepción podría surgir errado decir que se interpretan normas; las normas no se interpretan porque las normas son el resultado de la interpretación; cualquier texto jurídico va a aceptar darle varios sentidos, cuando se escoge uno de esos sentidos, ese que se escoge es la norma que se va a aplicar.

(Zerpa Levis & Delgado Ocando, 2002, pág. 328)

Además de ello, las normas contienen una precisión clara y precisa de la cuestión inferior en ella.

En consecuencia, del trabajo interpretativo se extrae más de una interpretación, es decir, varios sentidos interpretado que pueden



ser comprendidos de la disposición puesta a examen; el resultado de los varios sentidos extraídos son normas, de modo que son el resultado de la interpretación, por lo cual no son sujetos a interpretación, ya que estaríamos hablando interpretación de la interpretación, lo cual no tiene sentido constitucional, tampoco en una cuestión de orden legal.

Es así, que el texto (enunciado- disposición) es lo que se interpreta o sea el enunciado lingüístico o hipótesis se interpreta; producto de tal labor se establece una manifestación o restauración normativa, que es lo claro que se trasluce de la norma a aplicar. La disposición viene hacer algo pre constituido o prefijado sea de orden legal o constitucional; en cambio, las normas son también enunciados, pero son expresados por la norma resultante de la interpretación constitucional. Ahora bien, la interpretación es la técnica por la cual llegamos a establecer el o los contenidos normativos de la disposición puesta a interpretación; si nos damos cuenta la interpretación viene a ser algo así como el cambio de camino.

En otras palabras, al desarrollar la interpretación constitucional estamos en sí transformando los enunciados lingüísticos o distribución de la norma de aplicación. Así,

Alessandro Pizzorusso afirma que:

La actividad de interpretación de las disposiciones comporta, en efecto, al menos una serie de alternativas entre los diversos significados que es posible asignar al conjunto de palabras que establecen la disposición, así como una serie de conexiones del alcance normativo de varias disposiciones en virtud de las cuales pueden construirse preceptos nuevos a partir del “dispositivo combinado” de aquéllas.



(Alessandro, 1989)

Por lo cual, tales actuaciones interpretativas llegan así a decidir la creación de un “derecho vivo”, en continua transformación, que se diferencia siempre, más o menos profundamente del “derecho teórico” que resulta de las leyes escritas.

E. La interpretación judicial y la constitucional.

La apreciación de una norma jurídica se da por la obligación de aclarar el significado o de asignar algún sentido a un enunciado normativo. Esta técnica puede ser realizada a través de distintos procedimientos de interpretación, que determinarán los criterios específicos que se emplearán en la interpretación de una disposición jurídica definida, por ejemplo, literal, semántica, original e histórica, entre otras.

Ahora bien, la interpretación que se desarrolle sobre la base de los enunciados normativos, es el mensaje que se extrae del texto. Es decir, el mandato que se extrae de esa interpretación viene a ser la norma adaptable al caso concreto. Esto es, la norma como mensaje, producto de la interpretación sea judicial o constitucional, no es otra cosa que demostrar una disposición incierta o manifestar el sentido de una norma confusa, que tienen falta de precisión; por ello mediante la interpretación se llega de una pre comprensión legítima.

Se puede señalar que la centralidad de la interpretación judicial ha sido defendida mediante dos tipos de argumentación, tales como:

- 1.- En primer lugar, en la historia del pensamiento jurídico algunos estudiosos han comprobado que la interpretación judicial del derecho y la interpretación jurídica en general se configuren como una fase inevitable del proceso de aplicación



de las normas, en la medida en que sólo de esta forma se puede tender un puente entre aquéllas y las realidades que intentan regular. De esta forma, la interpretación judicial constituirá uno de los elementos integrantes de la naturaleza propia del derecho como sistema normativo (argumentaciones de carácter ontológico-jurídico)

2.- En segundo lugar, otros han tomado un camino distinto y han considerado que la interpretación del derecho por parte del juez es una realidad en la gran totalidad de los sistemas jurídicos que han regido las sociedades occidentales y que puede gozar de una mayor o menor capacidad dependiendo de las condiciones políticas, culturales y económicas concernientes y de la concepción del derecho que en realidad se tenga (argumentaciones de carácter histórico-político)

Por su parte, Jerzy Wróblewski, sostiene que la “teoría general de la interpretación legal cubre también la interpretación conectados con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional” (Wroblewski, 1985, pág. 18)

Tanto la interpretación legal como la constitución buscan clarificar algún sentido oscuro, confuso; sin embargo, la interpretación constitucional va más allá, pues añade y por medio de ella se crean normas con efecto *erga omnes*.

La cuestión de la interpretación jurídica está orientada a descubrir la norma preexistente. Por otra parte, como dice Luigi Ferrajoli:

La interpretación jurídica, en ordenamientos privados de constituciones rígidas, podía aspirar a realizarla, al menos tendencialmente, en virtud del criterio cronológico de la abrogación tácita de las normas anteriores en conflicto con



las posteriores y de la prevalencia de las normas especiales sobre las generales.

(Ferrajoli, 2005, pág. 44)

Por lo que se llega a la conclusión que resulta en cambio imposible en el caso de conflicto entre principios constitucionales y normas legales, no superable por vía interpretativa, al menos en ordenamientos, como el nuestro, sino solo con una declaración de inconstitucionalidad, sin la cual la contradicción permanece junto a la existencia de normas inválidas.

La teoría de la interpretación constitucional se clasifica atendiendo a tres criterios de interpretación:

- 1.- La “función de orientación”, que consiste en ofrecer una información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales.
- 2.- La “función de aplicación”, que aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión.
- 3.- La interpretación constitucional “tiene una “función de control” en caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución” (Wróblewski, 1985, págs. 93-94)

Si bien la interpretación constitucional está cubierta por la teoría de la interpretación jurídica, y por tal importa cierta semejanza en la interpretación legal; sin embargo, presenta ciertas diferencias fundamentales, en razón de ser la interpretación dirigida a aclarar disposiciones constitucionales, estando la redacción de tales disposiciones en términos genéricos, en la que se condensan



principios y valores constitucionales hace que su interpretación sea especialmente de laboratorio.

Asimismo, la interpretación jurídica permite dar coherencia al sistema jurídico y por tal de las fuentes del derecho, de eso no cabe duda; la interpretación es consecuencia de que el legislador o constituyente no puede predecir todos los casos o conductas humanas y fijar dispositivos para todos los actos a mostrarse en la sociedad.

Tanto la interpretación jurídica como la constitucional no están reservadas para cada órgano, menos se entiende que sean excluyentes; por el contrario, el operador jurídico judicial al realizar el trabajo interpretativo de la ley tiene también que realizar la interpretación constitucional de aquella ley, con el fin de dar relación y sustento válido a la interpretación arribada (interpretación de la ley conforme a la Constitución)

Al tiempo que la rectificación de principios y valores constitucionales atañe en último grado al Tribunal Constitucional en su cometido de sumo interprete constitucional; es quien fija los parámetros establecidos en el vértice superior del ordenamiento nacional; de manera que la interpretación de los contenidos constitucionales (derechos fundamentales) constituye de por sí, el parámetro y núcleo constitucional de la interpretación misma.

En la interpretación existe dos componentes necesarios: la pre comprensión del texto a interpretar y el sujeto que realiza la cognoscibilidad primaria de la pre comprensión; por el cual se podrá arribar a la interpretación y por tal aclarar el significado del texto, dando contenido acorde al texto interpretado de manera que precede en el sistema jurídico.



Siguiendo a Giuseppe Zaccaria:

La interpretación jurídica es siempre el fruto de la actividad de un sujeto que comprende y actúa desde dentro de un contexto, partiendo de una pre comprensión e incluir en una práctica y en una comunicación que comprometerá la comunidad. Sin una pre-inserción en el contexto de la práctica social interesada es imposible tener éxito en la interpretación de los actos y de los comportamientos ajenos. Es gracias a la pre percepción del universo social dentro del cual se producen las acciones como el intérprete puede colocar adecuadamente los eventos externos.

(Zaccaria, 2004, págs. 389-390)

En otras palabras, la pre comprensión es necesaria para llevar a cabo la interpretación textual, es el elemento cognitivo primario que tiene el intérprete, y del cual sirve como partida de orientación.

Por otra parte, dentro de la actividad interpretativa subyace algo más que consiste en que toda interpretación jurídica, es argumentación con vistas a un litigio, actual o condicional, pero ello no significa que los sujetos sean, en exclusiva, los órganos jurisdiccionales.

Ahora, podemos identificar a groso modo algunas diferencias sustanciales entre la interpretación constitucional y la interpretación jurídica (legal)

1.- La interpretación Constitucional se realiza en base a los principios y valores constitucionales; la interpretación legal es meramente subsunción del hecho a la norma jurídica.



2.-La interpretación Constitucional supone una labor de creación del derecho; la interpretación jurídica importa la aplicación del derecho.

3.-La interpretación Constitucional conlleva aceptar que la Constitución es la norma suprema y por tal asociar, lo que advierte el principio de constitucionalidad, es la regla o mandato impuesto desde la Constitución; la interpretación jurídica importa entender que la ley es interés de la disposición general, y por tal debe descubrir el principio de legalidad.

4.- La interpretación constitucional consiste principalmente en aclarar las cláusulas abiertas constitucionales; la interpretación legal busca aclarar el concepto de la ley en su mismo texto.

5.- La interpretación constitucional es una distracción de los enunciados lingüísticos expresados en la Constitución, en tal distracción debe maximizar los principios y valores constitucionales; la interpretación jurídica es una labor en la que subyace el fundamento racional de la norma.

La interpretación, está muy sujeta al razonamiento, esto es como dice Theodor Viehweg, “Razonar en derecho es interpretar las normas o los actos jurídicos, por ello aplicar el derecho no es más que actuar con esos principios, alrededor de los cuales se organiza todo el particularismo de las normas y de los hechos concretos” (Viehweg, 1986, pág. 54).

En definitiva, la labor interpretativa e integrativa que desarrollan los jueces constitucionales o el Tribunal Constitucional se da bajo el principio de la optimización de los principios y de los valores constitucionales, optimizando el desarrollo jurídico nacional, sin que exista la vulneración de los derechos fundamentales.



SUB CAPÍTULO III

2.5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre, estos derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o religión, y está por encima de todo tipo de circunstancias discriminatorias, configura uno de los pilares del denominado Estado de Derecho, así como también límites efectivos a la actuación del Estado, por ello son preferidos sobre toda otra consideración aun cuando se encuentre constitucionalmente consagrada.

En ese sentido afirmamos que, existe el “**principio de preferencia**” de los derechos fundamentales los cuales rigen y forman parte de la naturaleza constitucional y según Christian Guzmán (2015) revela que “se origina de la primacía de la persona humana, base filosófica, el mismo que además sirve de estándar interpretativo de las normas constitucionales y legales que afectan los citados derechos” (pág. 127).

Por ello dicho principio no puede ser retirado por conceptos que no gocen de características fundamentales, argumentos como el bien común o el interés público resultan poco dignos, generando una limitación admisible de los derechos fundamentales

Lo señalado implica que los derechos fundamentales deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre interés públicos o meramente estatales. En consecuencia, no es posible, desde un punto de vista jurídico, que dichas concepciones puedan desplazar a derechos constitucionalmente consagrados o que posean la categoría de derechos humanos.



Por ello afinamos que la Constitución peruana ha establecido el favoritismo de los derechos humanos y la preponderancia de la persona humana, sin mediar criterios o análisis que sobrepasen el texto constitucional y por ende los derechos fundamentales.

2.5.1. Las características de los derechos fundamentales

Una de las características de los derechos fundamentales es que no es creación del Estado, sino solo lo reconoce por medio de la Constitución y garantiza su ejercicio por medio de un orden jurídico institucional.

Estos derechos pueden ser tanto de aspecto individual de la persona, a su vez, pueden ser comprendidos en comunidad, es decir, en relación de la sociedad frente al Estado.

El primer caso denota que estos derechos constitucionalizados le son inherentes a su condición espiritual y corporal, por ello, deben ser reconocidos a la vez respetados, en esto radica la razón de ser, de los derechos fundamentales, por la cual el Estado debe tratar que estos derechos ya constitucionalizados en el texto político-jurídico maximice su ejercicio en el plano social, económico, cultural, etc, pues por su esencia estos derechos no son derechos programáticos, sino de inmediata realización a favor de la persona humana.

Por otra parte, como sostiene Tom Campbell.

Una vez que se han maximizado las libertades básicas hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución, las distribuciones desiguales de otros bienes podrían ser introducidas si tienen efecto de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos, siempre que exista la genuina igualdad de oportunidades con respecto a las desigualdades permitidas por el principio de la diferencia.

(Campbell, 2002, pág. 114)



Es decir, los derechos fundamentales deben ser distribuidos en igualdad de condiciones; a su vez, esto indica que el Estado no puede actuar frente a grupos de ciudadanos que implique favorecimiento en agravio de otra parte de sujetos del mismo derecho fundamental.

Los derechos fundamentales en la sociedad democrática moderna presentan un nivel jurídico superior, por la condición de ser derechos inherentes a la persona humana. Por otra parte, la constitucionalización de los derechos, se da a través de la estructuración de los derechos y libertades públicas, en el cuerpo normativo constitucional, para lo cual se requiere ciertos requisitos, tales como:

- a) Reconocimiento por una norma jurídica positiva.
- b) Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derechos, de atribuirse como facultad, como derecho subjetivo, ese derecho fundamental.
- c) Que los infractores de las normas, y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas, legitimen a los titulares de Justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando, si fuera necesario para ello, la fuerza coactiva del Estado

En tales condiciones, el derecho fundamental goza de protección sumaria por parte de poder estatal. Para entender los derechos fundamentales como supremos a cualquier derecho, debe tenerse en cuenta su condición de ser derechos imprescindibles, inalienables, innegociables: de esta manera los derechos fundamentales son:



- a) Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y la política liberal, democrática y socialista.

- b) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía y protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concretos;

- c) En tercer lugar, los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad

Las principales características de los derechos fundamentales que presenta el constitucionalismo de nuestros días son los siguientes:



A. Son derechos de carácter universal

Pues su titularidad corresponde a todos los seres humanos, sin distinción, de raza, ideología, sexo, edad, y todo cuanto atributo que pudiera hacer distinto y que no afecte la condición humana (edad, sexo, estatura, ocupación, etc.)

B. Son derechos absolutos

Ya que su titularidad es una exigencia constitutiva y suprema de los seres humanos, no son sujetos a tratativas entre el Estado ni entre los miembros en sí. Razón por la cual se exige su cumplimiento en los términos expresados en las declaraciones y de lo que fluye del texto constitucional.

C. Son derechos inalienables

Porque su titularidad es irrenunciable, imprescriptible, no sujeta a renuncia, por la condición que estos derechos significan para el ser humano.

D. Son derechos irreversibles: Por pertenecer a todos y a cada uno de los miembros de la colectividad es irrevocable y perpetua, por lo tanto, no es posible su extinción o supresión.

E. Son derechos interdependientes: el conjunto o catálogo de los derechos fundamentales, se fundamenta en la interrelación mutua a fin de concretarse el ejercicio pleno de estos derechos.

F. Son derechos inmutables: el conjunto de los derechos fundamentales es indeleble y no mutable, es decir, no pueden modificarse en el tiempo.



Las constituciones modernas a fin de cumplir con el propósito internacional del reconocimiento de los derechos humanos, se esmeran en catalogar estos derechos en la primera parte de las constituciones, esta ubicación es lógica, puesto que la persona humana es el fin supremo de la sociedad, por tal razón, sus derechos deben ser ubicados cronológicamente a principio del texto normativo constitucional.

En la actualidad, no solo los países del tercer mundo los que tienen por principio establecer los derechos constitucionales al inicio de la Constitución para indicar que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. De este modo, la ola constitucionalista es consecuencia de la humanización e internalización de los derechos del hombre.

2.5.2. La Eficacia de los Derechos Fundamentales

En la defensa de los derechos fundamentales el Estado juega un rol promotor, garantizador y ejecutor de las máximas garantías, puesto que tal obligación proviene en cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas; en ese sentido, “la Corte Interamericana de convenio internacional debe introducir en su derecho interno las obligaciones asumidas, esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente: (*príncipe allant de soi*)”. (IDH, 1998, pág. 68)

De este modo, los derechos humanos provenientes de las convenciones deben ser recogidos en las constituciones a fin de desplegar su máxima eficacia. De otra parte, los derechos fundamentales no están sujetos a decisiones cuantificadas que puedan llevar a cabo disminución o supresión de los derechos.



Por el contrario, los derechos humanos deben maximizarse en las constituciones por el grado de derecho y fin que representa.

En tal sentido, ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo.

Según Ferrajoli:

La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil.

(Ferrajoli, 2009, pág. 859)

Por la naturaleza del hombre, y la significación de los derechos fundamentales o humanos, no es posible decidir su supresión o disminución, pues sería estar en contra de la propia naturaleza y fin de la humanidad, ya que existen derechos que le pertenecen al hombre desde su venida al mundo y con tal deben ser ejercidos durante el transcurso de su vida.

La teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Theorie der Drittwirkung der Grundrechte*) fue desarrollada en Alemania por el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jena, Hans Carl Nipperdey en 1954, luego esta doctrina fue recogida por la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo y, posteriormente, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.



La efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales dependerá de las garantías procesales que existan para su tutela, ya sean éstas genéricas, si son aplicables a todos los derechos e intereses (por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad español que somete a su estudio no sólo las leyes de derechos fundamentales sino a cualquiera), o específicas, si corresponden a los derechos fundamentales (por ejemplo el amparo judicial ordinario español que tutela libertades el recurso de amparo, el habeas corpus que tutela la libertad personal)

En efecto, según Pérez Luño, Antonio Enrique “El alcance y significado de los derechos fundamentales en un Estado dependerá del tipo de Estado de que se trate, liberal o social, y la concepción que se tenga de los derechos fundamentales determinará la significación del poder público”. (Pérez Luño, 2007, pág. 1018)

Así, el sistema político y jurídico se orientará al respeto y promoción de la persona humana en su dimensión individual si se trata de un Estado liberal, o colectivo si se trata de un Estado social de derecho.

Pero lo que no cabe duda es que cualquiera sea el tipo de Estado, los derechos fundamentales son órdenes de ejercicio para el hombre.

Además, lo que importa es que se protejan los derechos fundamentales, y entender que no son los únicos derechos catalogados en las convenciones, sino que conforme la sociedad evoluciona, los derechos pueden ser consagrados como fundamentales por los tribunales en su caso. En efecto, los derechos constitucionalizados o fundamentales son derechos de desarrollo, en tal sentido, la Corte o Tribunal Constitucional puede desarrollarlos, tal como sucedió en nuestro caso con el derecho a



la verdad y otros derechos que el sumo interprete creó sobre la base del artículo 3º de la Constitución.

Al respecto, Edgar Carpio Marcos sostiene que:

La cláusula de los derechos no enumerados, que la Constitución actual del Perú recoge en el artículo 3º, representa, sin hipérbole alguna, el punto de partida y el de culminación al que se encuentran sometidos los derechos en un ordenamiento jurídico determinado y, muy especialmente, en el caso del ordenamiento constitucional peruano.

(Carpio Marcos, 2000, pág. 4)

El artículo en referencia expresa: La enumeración de los derechos establecidos, así como 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.

De otra parte, los derechos fundamentales vinculan de manera objetiva a los poderes del Estado, pues les imponen un deber que hacer y que estos derechos se efectivicen en sus formulaciones prescritas. La protección y el efecto de irradiación son típicos de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. La *praxis* de la jurisdicción constitucional también recoge esta concepción.

El Tribunal Constitucional español sostiene que, estamos, ante la llamada “Fuerza expansiva” de los derechos fundamentales, y de este modo, la existencia y efectividad de los derechos fundamentales dependerá de las garantías procesales que exista en el Estado y de la institución encargada de velar por la supremacía constitucional.



Los derechos fundamentales también desenvuelven su eficacia en el tráfico jurídico privado, la doctrina alemana y la jurisprudencia constitucional y se han estimado dos opciones:

- a) La primera, consistente en reconocer a los derechos fundamentales eficacia directa o inmediata, lo que permitiría a los individuos invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía la lesión por parte de otro particular de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, haciéndolos valer como auténticos derechos subjetivos ante los órganos jurisdiccionales.

- b) La segunda, por el contrario, nacida como reacción ante las severísimas limitaciones que la primera impondría a la autonomía privada, confiere a los derechos fundamentales únicamente eficacia indirecta o mediata, por lo que los particulares sólo obtendrían su tutela indirectamente a través de las posiciones jurídico-subjetivas que el legislador les haya atribuido al regular las relaciones privadas, esto es, sólo como consecuencia del desarrollo por parte de los poderes públicos de la dimensión objetiva de los derechos. Mientras la eficacia directa plantea en muchas ocasiones la dificultad de delimitar el contenido de los derechos fundamentales esgrimibles por los sujetos intervinientes en la relación jurídico-privada, la indirecta resulta difícilmente justiciable en caso de omisión legislativa o de una defectuosa transposición por el legislador, al considerarse las posiciones jurídico-subjetivas de un particular frente a otro como huérfanas de *ius* fundamentalidad.



La eficacia de los derechos fundamentales, como cualquier otra norma constitucional, “sólo puede ser medida en términos jurídicos a partir de la aptitud de su contenido normativo para la consecución de su objeto, la garantía de un determinado ámbito de libertad personal” (Bastidas, 2004, pág. 179)

La eficacia de los derechos fundamentales está unido al propósito político y jurídico de tales enunciados normativos.

Se sostiene que la quiebra de la convicción igualitaria es la que ha promovido la extensión de los derechos fundamentales al ámbito privado, la que ha permitido preguntarse si acaso los derechos no deben ser también preferentes o, al menos, protegibles en el entramado de las relaciones jurídicas nacidas de la autonomía privada; pues si la resistencia de los derechos humanos se explica por la exigencia de preservar los derechos naturales una vez constituido el Estado y, por tanto, un poder superior al de cualquier individuo, la constatación de que esa desigualdad es característica también de la sociedad civil parece postular asimismo la formulación de unos derechos resistentes que sirvan como barrera protectora de la libertad frente a los sujetos privados.

En cuanto al contenido protegido de los derechos fundamentales, Manuel Medina Guerrero dice que:

Cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionales que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera



crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales.

(Medina Guerrero, 1996, pág. 41)

El efecto horizontal de los derechos fundamentales, se orienta en el sentido, si la Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general, esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares.

2.5.3. Las garantías de los derechos fundamentales

El artículo 25º.1 de la Convención Americana de los derechos humanos incorpora el principio de la efectividad de los instrumentos o mecanismo procesales con la finalidad de proteger los derechos; en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el artículo 25º. 1 (El artículo 25º de la Convención es llamado “protección judicial” y contiene el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.) de la Convención Americana contempla la obligación de los Estados parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o



respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención o en la Constitución.

En este sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostuvo que el recurso o proceso de amparo como mecanismo de protección de los derechos fundamentales es el derecho de toda persona a un recuso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales por lo que constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención Americana. El artículo 25º se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1º. 1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados partes.

Claramente se desprende que la institución llamada a cautelar en teoría mediante el recurso- proceso- sencillo y rápido es el proceso de amparo, aunque esta institución en el caso peruano no es de naturaleza sumaria, porque los procesos en sede judicial pueden tardar en resolverse más de dos años, sin contar que el



caso llegue al Tribunal Constitucional mediante recurso de agravio constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también sostiene que la exigencia que impone el artículo 25^o.1 de la Convención Americana a los Estados de contar con un recurso judicial que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la Convención supone que éste sea efectivo e idóneo. Por otra parte, de la lectura del artículo 25^o de la Convención se puede extraer tres premisas fundamentales a fin que los derechos fundamentales o constitucionales sean protegidos, estas es que el recurso para tal pretensión debe ser efectivo, sencillo y breve, estas tres premisas indican sumariedad del recurso.

En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulten justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello, se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo, sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflicto.



2.5.4. Límites de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista doctrinario, se reconocen ciertos conceptos considerados bienes, fines o metas de carácter colectivo que se emplean, de manera indebida, para desplazar derechos fundamentales. Estos conceptos, salvos muy contadas excepciones, no pueden traducirse en derechos fundamentales. Uno de estos fines es el interés público, otro de ellos corresponde a la denominada utilidad social. Finalmente, encontramos ciertos principios que de manera indebida se imputan susceptibles de desplazar derechos, como el de interés común, bien común, buenas costumbres, seguridad nacional o el de orden público.

A. El concepto de interés público.

Uno de los conceptos que tienen a intentar desplazar a los derechos fundamentales es el de interés público. Y es que dicho concepto resulta ser sumamente impreciso en su supuesta condición de concepto jurídico indeterminado, como lo señalan algunos juristas, dado que debemos partir de la consideración de que el funcionario público es también un ser racional.

En ocasiones el Tribunal Constitucional ha definido interés público con el interés de la mayoría, lo cual además de impreciso es incorrecto puesto que permite interpretaciones autoritarias. Por ello, en primer lugar, consideramos necesario reemplazarlo por el concepto de interés general, el mismo que se refiere más bien al interés de todos y cada uno de los componentes de la sociedad, y cuando ello no ocurre quien se perjudique debe ser indemnizado.



“Una vez analizado el comportamiento del funcionario público, debemos concluir necesariamente que este, como ser racional, busca maximizar la utilidad de su cargo, es decir, obtener el máximo provecho del mismo.(Tullock, 1979)

Como resultado de lo anteriormente expresado, el axioma del interés general no resultaría ser consistente con la realidad empíricamente observable, ni tampoco con un análisis teórico, Según Michael Parkin, concluye que:

La Administración Pública no necesariamente actúa de acuerdo a consideraciones de interés general, ocurriendo muchas veces lo que se denomina desviación de poder (muy relacionada además con los actos de corrupción) y cuando ello ocurre, nos encontramos ante consideraciones del funcionario que, directa o indirectamente, lo benefician.

(Parkin, 2009, pág. 325)

“El papel del Derecho Público, en general, y el Derecho administrativo, en particular, está en conciliar el actuar racional del burócrata accionar cuya existencia resulta ineludible con la necesidad de la obtención de resultados eficientes que beneficien a la colectividad” (Martinez, 2006, pág. 385).

Es decir, son necesarias normas legales que permiten que, no obstante que el funcionario público pretende su beneficio, ello redunde en el bienestar general. Esas normas comienzan su accionar en la Constitución de los Estados y prosigue el mismo con las diversas normas legales que regulan el comportamiento de los órganos y organismos del Estado.



En efecto, el axioma del interés general resulta ser inconsistente con la realidad empíricamente observable. Se puede notar, en la realidad del manejo de la Administración Pública en todo el mundo, que muchas veces la misma no actúa necesariamente de acuerdo a lineamientos de interés general. Nos encontramos frente a lo que se denomina falla de Estado. Lo antes señalado queda evidenciado si nos damos cuenta, en primer lugar, de la necesidad de la creación de los llamados procesos judiciales de control de la administración, como son, en el caso peruano, la acción popular, el proceso contencioso-administrativo y la más reciente, el proceso de cumplimiento.

Estos procesos judiciales, promovidos por particulares, pretenden corregir situaciones en las cuales la Administración Pública-dadas las especiales atribuciones derivadas del poder del Estado que posee (denominadas genéricamente *ius imperium*)- puede, al actuar, afectar el interés del particular en forma abusiva. “El administrado, por ende, debe gozar de mecanismos adecuados para protegerse del ejercicio indebido del poder político. De hecho, el interés general no puede desplazar derechos fundamentales, pues ello implicaría vulnerar la concepción del ser humano como fin del Estado”. (Nogueira Alvala, 2008, pág. 453)

Asimismo, “reconocemos en muchos casos la necesidad de la existencia del llamado Ombudsman- en la terminología europea- o Defensor del Pueblo, ente encargado de proteger al particular de los posibles abusos que contra él pueda cometer el Estado”. (Alban Peralta, 2001, pág. 47)

Queda claro que, si asumiéramos el principio de interés general como verdadero en sí mismo, no cabría, siendo consistentes con el citado principio, la existencia de una institución como la que venimos describiendo. Además está decir que, en el supuesto de un comportamiento inadecuado de alguna entidad pública, el



particular puede recurrir al Defensor del Pueblo a fin que su derecho pueda ser debidamente cautelado.

B. El interés general y el cambio en el paradigma.

Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo opera sobre la base de la presunción de la Administración Pública actúa conforme al interés general, vale decir, respecto a aquello que favorece a todas las personas que componen la sociedad en su conjunto. Como resultado, un paradigma común en el Derecho administrativo tradicional fue considerar que el interés general estaba por encima de los intereses particulares, lo cual carecía de sustento constitucional, cuando más bien debe considerarse que los derechos fundamentales son preferidos frente a bienes jurídicos que no son tales, como lo venimos señalando. Conceptos como necesidad pública, orden interno, seguridad nacional, utilidad pública o interés general, entre otros, solo pueden servir como justificación para limitar derechos fundamentales, pero no para desplazarlos.

Ello se encuentra referido con meridiana claridad por el artículo III del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el mismo que preceptúa que la norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, pero garantizando a su vez los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Como si ello fuera poco, el artículo 1 de la Ley N°27584 prescribe que el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses



de los administrados. Todo lo antes señalado significa que “el papel del Derecho Administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ambos ser tutelados por la Administración Pública”. (Moron Urbina, 2008, págs. 58-59)

C. El utilitarismo.

El segundo elemento a tener en cuenta en este aspecto es el llamado utilitarismo social. Dicho concepto pretende justificar el sacrificio de ciertos individuos a fin de obtener el bienestar de la sociedad en su conjunto. Se genera como resultado de un aumento de la utilidad social ante dicho sacrificio, hecho que para los utilitaristas justificaría a las claras la afectación de los derechos de las personas. El utilitarismo pretende demostrar que una sociedad está ordenada cuando esta obtiene el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre los individuos que la conforman.

Dicha mejora social implica entonces una sumatoria de la mejoría de las personas individualmente consideradas, la misma que es más elevada en su conjunto que el perjuicio de aquellas que resultarían sacrificadas. En términos sociales, la disminución del beneficio de las personas afectadas no reduce el incremento del bienestar de la sociedad en su conjunto. El resultado es un incremento neto de la utilidad social.

El utilitarismo social se muestra entonces como una evidente trasgresión al imperativo moral Kantiano, puesto que preconiza el eventual uso de las personas únicamente como un medio mas no como fines en sí mismas. Ello, máxime si lo ocurrido se da en contra de la voluntad del individuo.



Evidentemente, caben sacrificios voluntarios por parte de los seres humanos en beneficio de otros, pero estos operan en tanto y en cuanto el ser humano puede disponer voluntariamente de ciertos derechos que se imputan de libre disposición.

Los primeros utilitaristas como Jeremy Bentham o James Mill han llegado a considerar que el fin del Estado era el bien de los individuos que lo integraban, entendiéndose que dicho fin se enfocaba en la felicidad del mayor número. Ambos señalaban que un acto es justo o injusto dependiendo de si sus consecuencias son buenas o malas.

A su vez, lo bueno o malo tiene relación directa con placeres o dolores producidos en los seres humanos, en tanto consideramos que el placer es bueno y el dolor es malo. Ahora bien, dado que este utilitarismo individual debía evitar ser egoísta, se consideró que, para que nuestras acciones sean consideradas morales deben asegurar la mayor cantidad posible de felicidad para el mayor número posible de individuos.

Por otro lado, el verdadero padre del utilitarismo social, John Stuart Mill, señaló:

A fin de alejarse del utilitarismo individual y subjetivo de Bentham, que existen placeres de niveles distintos y que debía preferirse aquellos que beneficiarían más a la humanidad, prefiriendo lo social sobre lo individual, siendo ello a su vez determinado por la felicidad del mayor número.

(Mill, 1980)

Ahora bien, es importante señalar que no debemos confundir utilitarismo social con los conceptos de eficiencia social. La eficiencia social, desde el punto de vista paretiano del término,



implica que existe una situación socialmente eficiente y en consecuencia, deseable cuando se genera una mejora de ciertos individuos de la sociedad, sin perjuicio de ninguno y no obstante que no todos mejoren de la misma manera o en la misma proporción.

En la situación descrita líneas arriba no existe de manera alguna un daño, inexistencia que se configura como un requisito indispensable para obtener eficiencia social. No existe en forma directa un sacrificio en los derechos de persona alguna. En consecuencia, no hay afectación al llamado principio de inviolabilidad de la persona, principio al cual ya hemos hecho referencia. De más está decir, que el principio de eficiencia social tal como lo estamos describiendo, resulta ser congruente con los conceptos de preferencia por los derechos fundamentales que venimos esbozando en la presente tesis.

D. El colectivismo

Aún más pernicioso que el utilitarismo, para efectos del principio resulta ser el colectivismo. Este último asume que existen intereses, no de personas en particular, sino de entes colectivos, sean el Estado, una clase social determinada o la sociedad en su conjunto, que operan con obvia independencia de los sujetos individualmente considerados. Como resultado, el ente colectivo goza de titularidad de derechos propia distinta y más importante que la titularidad de las personas que la componen. El ente orgánico posee una existencia, un modelo de valores y una motivación independiente de los seres humanos miembros del mismo.

El colectivismo es aún más radical que el utilitarismo, puesto que no solo considera que es posible sacrificar el interés de algunos en beneficios de otros, sino que además pretende que es posible limitar derechos fundamentales debido a intereses



de una colectividad que pretende tener existencia propia. Ello adquiere un matiz evidente si notamos que, en general, quien define el interés de dicho ente colectivo no es el propio ente a través de la decisión unánime-o por lo menos mayoritaria- de sus miembros sino más bien una persona o grupo de personas que supuestamente goza de la representación de dichos intereses. En la mayoría de los supuestos, es el Estado el que representa estos intereses. Pero, en ocasiones asociaciones diversas o personas jurídicas de derecho público no propiamente estatales pueden adjudicarse la titularidad de estos derechos.

E. Los bienes constitucionalmente protegidos.

Otro concepto que resulta importante analizar en esta materia es el de los bienes constitucional o legalmente protegidos. Es decir, aquellos conceptos que sin ser típicamente derechos fundamentales, la Carta Magna o el resto del ordenamiento legal les reconoce un estatus jurídico especial, que permite incluso que el ordenamiento penal señale la existencia de delitos ante su vulneración, criminalizando la misma.

Casos de estos bienes jurídicamente garantizados están relacionados, por ejemplo, con la seguridad nacional, el bien común, la moral pública, las buenas costumbres, el interés social y otros. El problema que existe al nivel de estos bienes jurídicos es que su alcance no está debidamente definido por la doctrina y la jurisprudencia. E inclusive, su aplicación no depende de los individuos en concreto- toda vez que son típicamente de contenido político o social- sino del Estado como ente teóricamente representativo. Un ejemplo muy importante es el desplazamiento del derecho a la vida o a la integridad personal por la seguridad nacional o el orden interno.



A ello debemos señalar que, en el caso de la moral, la misma es autónoma y no debería ser empleada para elaborar normas jurídicas, ni tampoco para interpretarlas, dado el carácter científico del Derecho. Salvo determinadas excepciones la moral no es unánime y puede convertirse en un mecanismo para que la mayoría puedan imponerles sus valores a las minorías. La gran diferencia entre la moral y el Derecho es que este último es heterónomo, no es determinado por la propia persona sino más bien por aquel ente autorizado por Estado para ello. De hecho, la labor jurisdiccional de interpretar la norma constitucional se vería afectada si el juzgador pudiese emplear sus valores morales autónomos para tomar decisión.

En este punto es necesario efectuar una acotación. El neo constitucionalismo, que como hemos señalado es socialmente eficiente, no discute la separación entre Derecho y moral, asumiendo en general que los principios provienen de un conjunto de valores éticos, en tanto se opone el positivismo. Sin embargo, el valor que debe ser relevado, como lo hemos señalado en nuestra introducción, es precisamente el de la eficiencia social. El análisis funcional no es positivista, como es evidente, pero va más allá de lo iusnaturalista.

Desafortunadamente la Convención Americana emplea la moral varias veces, como limitación a las libertades informativas y a la libertad religiosa, sin que se haya definido de manera unívoca en la jurisprudencia de la Corte Interamericana qué se entiende como tal, ni los alcances de la referida limitación. Teniendo en cuenta además que el concepto de moral pública puede confundirse con el de ética pública, que se aplica al comportamiento de los servicios públicos en el ejercicio de sus funciones, constituyendo un concepto por completo diferente.



SUB CAPÍTULO IV

2.6. AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CON EL CRITERIO INTERPRETATIVO DE PREVISIÓN DE CONSECUENCIAS

2.6.1. Análisis de la Sentencia N° 00022-1996-PI/TC

Se trata de un proceso de inconstitucionalidad que es promovido por el Colegio de Ingenieros del Perú, en donde se declara la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° así como la primera disposición final de la Ley N° 26597, que nos da a conocer que se establece la forma en que se sustanciarán los procesos de expropiación para fines de reforma agraria y de afectación de terrenos rústicos; como también, la inconstitucionalidad de la Disposición Transitoria Única de la Ley N°, 26756, por vulnerar el principio de intangibilidad de la cosa juzgada en materia constitucional.

Del fundamento jurídico 25, el Tribunal ha establecido lo siguiente: “Que, de las metodologías expuestas este Tribunal considera pertinente decantarse por aquella que expresa un criterio de actualización a través de la conversión del principal impago en dólares americanos, desde la fecha de la primera vez en que se dejó de atender el pago de los cupones de dicho bono, más la tasa de interés de los bonos del Tesoro americano.

Ello en razón, en primer lugar, a que el método de conversión a dólares americanos tiene sustento legal en el Decreto de Urgencia N° 088-2000, y en segundo lugar porque, los otros métodos de valorización descritos supondrían graves impactos en el Presupuesto de la República, al punto de hacer impracticable la cancelación misma de la deuda.



En dicha línea, este Tribunal debe enfatizar que si bien el pago de la deuda agraria es una obligación que el Estado debe asumir inexorablemente, esta obligación no es la única que tiene el Estado, sino que, conforme lo ordena el artículo 44 de la Constitución, su deber es “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, lo que conlleva la atención de una serie de servicios básicos (que satisfacen una serie de derechos fundamentales de todos los peruanos), los cuales no solo debe mantener, sino optimizar en la medida de sus posibilidades. Un criterio elemental de ponderación entre estas dos obligaciones es (la de pagar la deuda agraria y la de promover el bienestar general) nos lleva pues a no privilegiar, de un modo absoluto, una sobre el sacrificio grave que pueda acaecer sobre la otra.

Por otro lado, un criterio de equidad nos lleva a optar por una fórmula que, si bien reconozca un valor actualizado de la deuda agraria, dado que ésta perdió expresión económica por causa de la negligencia estatal, al mismo tiempo tampoco deje de considerar las circunstancias especiales bajo las cuales, en un momento dado, dicha deuda perdió dicho valor económico.

En efecto, este Tribunal no puede dejar de reconocer que, en la época de la recesión económica e hiperinflación, no solo la deuda agraria u otras deudas que tenía el Estado se vieron afectadas, sino el conjunto de la población, la cual se vio seriamente limitada en la satisfacción de sus necesidades básicas. Esta circunstancia de extrema vulnerabilidad si bien no es “culpa” de los acreedores de la deuda agraria, este Tribunal considera necesario reconocer que un elemental sentido de equidad exige que el cálculo de la deuda actualizada se haga considerando también estas “especiales circunstancias de los tiempos de crisis económica” que vivió nuestro país, en ese sentido se percibe que el Estado se privilegia ante las necesidades de aquellas personas y



generaciones que vienen luchando por la devolución de sus intereses, con un mecanismo de ejecución inadecuado. El peligro que entrañan interpretaciones como la indicada es que permiten afectar derechos fundamentales más allá de las restricciones que el sistema impone.

Asimismo, en el fundamento jurídico 29 el Tribunal Constitucional establece: “ Si el Estado es consecuente con sus obligaciones, es evidente que no le queda otro camino que honrar las mismas, pero si obra con sensatez y sentido común es absolutamente incuestionable que la única forma de cumplir con dicho cometido, sin perjudicar sus propios objetivos en búsqueda del bienestar económico social, es planificando un sistema coherente de pagos, progresivo y con tendencia al crecimiento, según las propias variables del tiempo. En consecuencia, en el caso del pago de los bonos, una vez que se determine el monto a pagar a cada acreedor de la deuda agraria, la previsión del pago debe realizarse teniendo en cuenta los principios de equilibrio, sostenibilidad y progresividad presupuestaria, recogidos en los artículos 77 y 78 de la Constitución, teniendo en cuenta que resulta financieramente imposible realizar un pago de esta naturaleza y magnitud en una sola oportunidad sin afectar la caja fiscal y consecuentemente los servicios básicos para la población más deprimida de nuestro país.



2.6.2. Análisis de la Sentencia N° 0031-2004-AI/TC

El derecho de propiedad y expropiación, sin duda se anotará cómo han sido abordados por el Tribunal Constitucional sometidos casi siempre al interés común. En esta sentencia el Tribunal los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27616, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca, por considerar que con su expedición se han violado los artículos 2°, inciso 2, y 103° de la Constitución Política del Estado. Que, afecta la prohibición de dictar leyes especiales en razón de las personas y el principio de no discriminación. Asimismo, manifiestan que se exonera del área de expropiación a la Refinería de Zinc de Cajamarquilla, que colinda con el Radio Observatorio de Jicamarca, a pesar de que existe un estudio de impacto ambiental que la califica como principal responsable del deterioro de la Antena del Radio Observatorio por sus actividades hipercontaminantes; se exonera a los terrenos donde se encuentra la mina y la planta de la empresa Unión de Concreteras -UNICON-, las cuales producen interferencias radioeléctricas. Ambos hechos constituyen una clara discriminación de tipo económico, afectándose terrenos que nada tienen que ver con el Radio Observatorio de Jicamarca, pues están en quebradas distintas y con un cerco natural de cerros que impide todo contacto.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia de manera muy sesgada termina su argumentación afirmando que no existe discriminación alguna y que se haya violado el derecho a la igualdad con la expropiación, pues el derecho de propiedad no es absoluto, el artículo 70° de la Constitución establece la facultad



del legislador de expropiar, bajo ciertos supuestos, como son la finalidad de satisfacer una **necesidad pública**, es así que se está dando preferencia al concepto de “**Interés público**”, antes que al ***principio de preferencia de los Derechos fundamentales***, como son el derecho a la propiedad e igualdad respecto a los terrenos que se ha determinado debían ser expropiados.

2.6.3. Análisis de la Sentencia N° 00002-2010-PI/TC

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional analiza la inconstitucionalidad del D. Leg. N° 1057. Entre los fundamentos establecidos el supremo intérprete de la Constitución, emite una sentencia atípica (interpretativa) a fin de salvar la constitucionalidad de la norma impugnada, entendiéndose dicho proceder en el principio de conservación de la Ley. Argumenta que, expulsar del ordenamiento jurídico al Decreto Legislativo 1057 “generaría un vacío normativo, que importaría dejar sin derechos laborales a quienes han sido contratados bajo su marco regulatorio, situación que sería manifiestamente inconstitucional”, ya que se olvida el Tribunal Constitucional que en este supuesto pudo establecer la *vacatio* de su sentencia.

Por lo que afinamos que el Tribunal Constitucional al declarar Infundada la demanda, cometió un exceso puesto que no hay duda alguna que el CAS es de naturaleza laboral, y correspondía establecer si el CAS está vinculado al DL 276 o al DL 728, luego de un “exhaustivo análisis” señala que es un sistema de contratación laboral independiente, Ahora como bien se sabe el CAS no tiene relación alguna con el DL 276 y/o DL 728, pues precisamente, ese es el punto de partida de la crítica a su constitucionalidad, pues no guarda relación alguna, ya que tiene derechos totalmente disminuidos y no reconocidos, pero esta viene a ser la premisa para establecer la inexistencia de una vulneración al derecho de igualdad, pues el “supremo intérprete”



señala que no se puede realizar un análisis bajo los presupuestos del principio, “**derecho de igualdad**”, en tanto se trata de regímenes laborales de distinta naturaleza lo que justifica un trato diferenciado .

De otro lado, causa indignación señalar que, si bien es cierto los beneficios sociales, tienen reconocimiento constitucional su acceso y goce están determinados en la legislación ordinaria, se olvida el Tribunal Constitucional que una cosa es que la legislación laboral determina el acceso y goce y otra cosa distinta es que una Ley entendida como privativa del estado, por omisión reste y/o anule beneficios sociales como son CTS, las gratificaciones, escolaridad, asignación familiar, etc.

En una suerte de comparación y justificación de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1057 que se invoca el caso de la Ley de MYPES donde los derechos son reducidos; tal situación, resulta contraproducente, pues en tantas sentencias el Tribunal Constitucional recurrió al derecho de igualdad y no discriminación, de irrenunciabilidad de derechos laborales, y ahora señale que los trabajadores de las MYPES también tienen vacaciones reducidas y su indemnización por despido es mucho menor al igual que sus gratificaciones.

El legislador no puede expedir leyes que generen **diferencias sociales**, tenemos que tener presente por encima de cualquier interpretación que la igualdad es un principio-derecho que posiciona a toda persona que comparte la misma condición (para los efectos del caso trabajadores del estado), en un plano de equivalencia, consecuentemente estamos ante una relación de identidad por naturaleza, por tanto, no pueden existir excepciones o privilegios que excluyan a un trabajador de los derechos que se conceden a otro trabajador, aun cuando no estén sujetos al mismo régimen laboral, por más especial que fuese este, deben



compartir los mismos, aunque pueda justificarse por temas de índole presupuestal y promoción de la formalización laboral que los mismos puedan ser inicialmente reducidos, pero no inexistentes.

En ese sentido, nos llama la atención el silencio del supremo intérprete de la Constitución, respecto a la protección adecuada contra el despido arbitrario para los CAS (Art. 27 de la Constitución). Frente a dicho silencio debemos entender que, en buena cuenta definido como un contrato de trabajo, el CAS por más “especial” que sea también es objeto de control a través de los procesos constitucionales frente a un despido arbitrario, lo cual se torna gris, si establecemos las causales de extinción del vínculo ahora laboral en el Decreto Legislativo 1057 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. No obstante, en atención al **principio indubio pro operario** o más aún el **principio dignidad de la persona**, podemos concluir que los CAS en tanto régimen laboral, tienen igual protección frente a un despido arbitrario que los trabajadores del Estado, sujetos al régimen 276 y 728.

Si el Tribunal Constitucional quiso generar un problema presupuestal al Estado, entonces hubiese recurrido **al principio de previsión de consecuencias** y sobre esta base emitir una sentencia estimativa exhortativa al Estado, y establecer la vacatio de la sentencia, exhortándose al Congreso para impulsar los proyectos de Ley existentes referidos al CAS, y que sea el Congreso vía ley ordinaria, el que disponga el ingreso paulatino (pero no indefinido) del personal cas a los derechos laborales (cts, gratificaciones, escolaridad, asignación familiar, etc) y sobre todo a la estabilidad frente al despido arbitrario.



2.6.4. Análisis de la Sentencia N° 00239-2010-PA/TC

En esta sentencia se hace un análisis del derecho a la propiedad frente a un tipo de expropiación indirecta. Así, define el derecho de propiedad, basándose en conceptos recogidos que son: El derecho a la propiedad establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darles destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el **bien común** y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”.

De igual forma, señala que “dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer auto determinativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa”.

Así pues, se debe entender como expropiación indirecta o expropiación regulatoria a aquella en donde la Administración Pública a través de una sobrerregulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno de todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.



El Tribunal Constitucional falló a favor de la empresa, concluyendo que en la práctica se estaba produciendo una vulneración a su derecho de uso y disfrute de la propiedad al validarse el cambio de zonificación impuesta por la Ordenanza N° 1099-MML, mediante la que se dispuso la creación de la denominada "Zona de Protección y Tratamiento Paisajista", que disminuye la Zona Especial de Habitación Restringida y cuyos usos restringen la posibilidad de efectuar habilitaciones y edificaciones, cuando ya existía una ordenanza previa, la Ordenanza N° 620-MML, que establecía que cualquier reajuste integral o cambio específico en la zonificación no podía implicar calificaciones menores al tipo de zona que posea un predio o se disminuya el nivel de uso. Ello a la luz de la teoría de los hechos cumplidos (artículo 103 de la Constitución Política), según la cual una norma no puede recortar derechos que en el tiempo se han establecido por la normativa vigente en aquel entonces (existe excepción en materia penal).

Cabe precisar que si bien en este caso hubo distintas posiciones respecto a cómo resolver la controversia; en general, la mayoría de las posiciones recogidas en los votos singulares incluyen una reflexión acerca de la expropiación indirecta de la propiedad, de la necesidad de evitar expropiaciones injustificadas e ilegítimas mediante regulación proveniente de la Administración Pública y de la necesidad de armonizar el derecho de la propiedad privada con el bien común (función social).



2.6.5. Análisis de la Sentencia N° 0139-2013-PA/TC

En la presente sentencia, en la que el Tribunal Constitucional desestimó la demanda de una persona transexual que solicitó la inscripción de su cambio de sexo en el documento de identidad. Ponen en énfasis en la identidad de género que tras una pretensión de esa naturaleza existían las consecuencias que su negativa podría causar, por lo cual el análisis de la sentencia, girara en torno al derecho a la identidad a fin de demostrar cómo la ausencia de su reconocimiento supone un menoscabo en la protección que debe otorgarse a los derechos fundamentales de una minoría que es la población trans.

Como bien se sabe, los Tribunales Constitucionales están llamados a garantizar la vigencia efectiva de los derechos y, en esa línea, a coadyuvar en la concretización de la dignidad humana, como fundamento material del Estado Constitucional. Por ello es de vital importancia, tratándose de los derechos fundamentales, y de una minoría que ha sido discriminada, someterlos al análisis, en el cual se aplicara la debida interpretación constitucional.

El principal argumento, análisis, e interpretación de esta sentencia para proteger los derechos fundamentales de las personas, es recordar lo que es la diferencia existente entre la ética pública y la ética privada que reconocen y promueven los Estados constitucionales. Los derechos fundamentales son expresión máxima de la ética pública. Ética que el Estado hace suya a fin de garantizar que todas las personas, sin distinción, puedan libremente desarrollar su plan de vida en tanto seres dotados de dignidad. Mientras en la ética privada hace referencia a los innumerables y diferentes modelos de virtud y planes de vida que pueden asumir las personas a lo largo de su existencia.



Por tanto, si se pretende que las decisiones de un Tribunal Constitucional, tal como exige un Estado constitucional, deriven en un análisis y argumentación racionales, al momento de adoptarlas no debería olvidarse la diferencia existente entre la ética pública y la ética privada. Si un órgano jurisdiccional decide desde el modelo de virtud que individualmente promueve, así como por el esquema ideológico o religioso que defiende, sin guiarse por los derechos fundamentales que aseguran la protección de todas y todos en su diversidad, entonces termina negando las garantías que por obligación constitucional debe ofrecer a quienes acuden en búsqueda de justicia.

La respuesta otorgada por el Tribunal Constitucional a la demanda de amparo promovida a favor de P.E.M.M, es un ejemplo de una conducta judicial prejuiciosa e influenciada por una moral positiva que olvida la diferencia entre la ética pública y la ética privada que todos los jueces y juezas en particular, y todos los funcionarios públicos en general, deben respetar. Alejándose de una práctica jurisprudencial nacional que amparada del reconocimiento formal de la identidad de género y apartándose radicalmente de los estándares internacionales y de Derecho comparado sobre la materia, el Tribunal en su sentencia defiende una postura que sólo puede entender como anclada en los prejuicios de quienes la suscribieron, así como evaluar los efectos o el impacto que sus decisiones estimatorias puedan generar, y se considera que esta obligación no merece ninguna objeción, más aún si se viene impuesta por lo estipulado artículo 45° del propia Constitución. Así lo establece en su fundamento jurídico 32 “En otro orden de cosas, este Tribunal es consciente de que una decisión favorable al pedido de cambio de sexo de P.E.M.M, podría generar que se invocara este caso para estimar casos similares, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sobre la

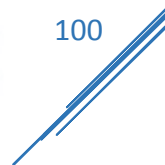


doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante (cfr. STC 4853-2004-PA/TC, fundamento 15), por lo que no puede dejarse de considerar los efectos o el impacto que una decisión estimatoria en este caso tendría sobre el ordenamiento jurídico, máxime si en su actuación como intérprete de la Constitución este Tribunal debe observar el principio de previsión de consecuencias, derivado del artículo 45 de la Constitución, que ordena a todos los poderes públicos actuar con las responsabilidades que ella exige (cfr. STC 5-2005-CC/TC, fundamento 58).

De igual manera el fundamento 33, “estima el pedido del recurrente, de entrada, los siguientes impactos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) que una persona pueda cambiar a voluntad su sexo en el registro civil; 2) admitir el matrimonio de personas del mismo sexo, ya que un transexual operado, a pesar del cambio externo, sigue teniendo el mismo sexo cromosómico.

Concluyendo con el fundamento 39, “sería necesario determinar si los efectos del cambio de sexo en el registro civil se dan a partir de que éste se efectúa (“*ex nunc*”) o desde el nacimiento del transexual (“*ex tunc*”), es decir, si la modificación registral es constitutiva o declarativa. Tendría que tenerse una respuesta también, en la hipótesis de que el transexual hubiera estado casado, al problema de si el cambio de sexo en el registro civil acarrearía la disolución del matrimonio y, en relación a los hijos nacidos en éste, el trastrueque de la relación paterno-filial antecedente por a materno-filial (o viceversa), pudiendo alcanzarse así una situación familiar de hijos con dos madres o con dos padres, con la consiguiente incidencia en el régimen de la patria potestad. Habría en general que considerar y dar previsiones jurídicas a las consecuencias de todo orden que el cambio de sexo en el registro civil lleva aparejadas, especialmente en todas las relaciones jurídicas en que el sexo de la persona haya sido determinante para su constitución.





CAPITULO III

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. MATERIAL Y PROCEDIMIENTOS

1.1. Material

(a) Técnicas

(i) Estudio de Casos:

En la presente investigación se desarrolló la técnica de estudio de casos, pues permitió la investigación en profundidad, pues radica en un profundo y minucioso análisis de una unidad jurídica única. Resulto apropiado para analizar en el tiempo y espacio respecto de las sentencias del Tribunal Constitucional.

(ii) Análisis de Documentos:

Consiste en la selección de documentos correspondientes, fuentes secundarias constituidas por libros impresos o electrónicos, artículos de revistas impresas o electrónicas, artículos de periódicos confiables y responsables, tesis de maestría o doctoral. En ese sentido con esta técnica se registró documentación de aspectos externos e internos, cuya técnica requerirá del fichaje.

(b) Instrumentos

(i) De recolección de información

(1) Guía de análisis de contenido

Este procedimiento contiene la estructuración que se hace del análisis de contenido o trabajo y sirve para tomar la información o conocimiento que constituyen materia de las unidades que fueron estudiadas, con indicación de los referentes que



interesan a la investigación. En nuestro caso, se elabora una guía o plan de análisis de contenido para tomar la información de la muestra.

(2) Fichas de investigación bibliográfica

Se usaron fichas bibliográficas para registrar las fuentes (libros, revistas, textos legales) consultadas y las fichas textuales de resumen para almacenar los conceptos doctrinarios y aspectos esenciales de las instituciones jurídicas vinculadas al tema, ya sea mediante la cita textual o mediante un resumen de las ideas básicas cuidando hacer un uso adecuado de ellas.

1.2. Procedimientos

(c) Recolección de información

En el presente trabajo de investigación, se utilizaron las técnicas de análisis y síntesis, y fichaje, con economía de tiempo y esfuerzo. Estas técnicas de recolección de información fueron elegidas en función del método aplicado.

(i) Procedimiento de recolección y análisis del contenido

El análisis de contenido se obtuvo de las diversas bibliotecas de nuestro país; así como de la que se adquiriera en la utilización de Internet.

(ii) Procedimiento de las fechas de investigación bibliográfica

En la presente investigación, también se utilizaron las fichas textuales de resumen para el almacenamiento de las diversas fuentes bibliográficas imprescindibles para la investigación. Se consignaron los datos generales de una obra, autor, título, pie de imprenta, que nos sirvieron para individualizarla dentro de un conjunto. Se organizaron alfabéticamente.



(d) Procedimiento de datos

Toda la información obtenida, tanto de los estudios teóricos, doctrinarios y legislativos, se fueron estructurando y vaciando en las guías de análisis de contenido matrices, por lo cual se obtuvo toda la información obtenida primero cuantitativamente y luego cualitativamente categorizándolos de acuerdo a determinados criterios preestablecidos.

(e) Análisis, interpretación y Discusión de resultados

Una vez ordenada toda la información, se procedió a analizar e interpretar los datos. Para ello, primero se analizó cuantitativamente y luego cualitativamente de los resultados obtenidos de las muestras. Debido a que no todos los datos obtenidos pueden ser categorizados y, por consiguiente, cuantificados; se incluyó criterios que se utilizaron para categorizar los resultados obtenidos; y finalmente se procedió a la redacción del informe de Investigación.

2. MÉTODOS

2.1. Métodos de investigación

La presente investigación ha sido analizada a través del método científico, comprendiéndose a éste como “(...) una regla, para ordenar y materializar nuestras aspiraciones y expectativas en el desarrollo de la investigación científica.” (Ramos Suyo, 2008: 435).

Asimismo, se puede definir el método científico como “(...) la acumulación de reglas y procedimientos a que debe acoplarse el sujeto cognoscente para descubrir lo esencial de una cuestión que ignora, lo que se traducirá en una demostración, exposición y



sistematización argumentada en razones lógicas y hechos probados.” (Herrera, 2002:4).

Creemos que el método científico es el conjunto de procesos destinados a comprobar o rebatir proposiciones relativos a hechos o estructuras cognoscentes.

Para la obtención de información en la investigación se han aplicado los siguientes

2.1.1. Métodos lógicos

A. Método sintético – analítico

El método sintético se establece cuando “(...) se tiene la necesidad de ejecutar la acción de combinar y unificar los datos e informaciones, que fueron aislados en el análisis.” (Ramos Suyo, 2008: 481)

Por otro lado, respecto al método analítico, el mismo autor señala que este método “radica en la separación, descomposición o aislamiento del conocimiento a priori en los componentes del conocimiento puro.” (Ramos Suyo, 2008: 498)

Para la actual investigación, se utilizaron básicamente al momento del procesamiento de la información de toda la documentación seleccionada durante el primer período de investigación, la misma que una vez elegida a través de un análisis detallado y minucioso, se dominó y estableció los puntos fundamentales; asumiendo a lo largo de todo el proceso la hipótesis a evidenciar; a su vez, también, fue empleado al momento de preparar las conclusiones y propuestas a recomendar tanto normativas como teóricas.



B. Método inductivo - deductivo

Método inductivo empleado en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al instaurar las categorías jurídicas desde un punto de vista general a lo particular tomando como esencia a la doctrina y la normatividad.

Asimismo, como bien señala Ramos Suyo (2008: 473), “el método inductivo no es excluyente del método deductivo, menos es de encontrar entre éstos ninguna oposición lógica. Por el contrario, entre ambos, existe una unidad fundamental, y que su aplicación se complementa, y orienta su desarrollo.”

Es por ello que a la par del método inductivo utilizamos el método deductivo para ayuda del desarrollo analítico de la jurisprudencia señalada como muestra, puesto que analizamos los casos específicos e interpretaremos con los principios especiales de la materia.

2.1.2. Método jurídico

El método jurídico consiste, “en la sustancia formativa y definitiva de los principios construidos por la inducción, o por un hecho relevante e importante.” (Ramos Suyo, 2008: 454) Por otro lado, para Herrera (2002: 13-14) considera que el derecho como ciencia tiene dos semblantes:

- a) uno sistemático o teórico, basado en la exposición de reglas jurídicas concernientes a uno o varios ordenamientos espaciales y temporalmente debidamente delimitados; y b)
- un segundo semblante, de carácter práctico o técnico, que radica en el arte de la aplicación e interpretación de normas.”



De los métodos jurídicos a utilizar, hemos destacado el método doctrinario y el método interpretativo.

A. Método doctrinario

Empleado para elegir información con fundamentos doctrinarios, obteniendo las distintas posturas sobre el tema a indagar tanto de doctrinarios nacionales como internacionales.

Esta técnica jurídica es “básicamente una elaboración de orden lógico que parte del supuesto de que las normas jurídicas son el fruto de una elaboración que aparecen expresadas en términos conceptuales y, como tales, pueden entenderse y reconstruirse” (Ramos Núñez, 2005: 104)

B. Método interpretativo

Empleado fundamentalmente para conseguir procesar la información, determinar conceptos y conseguir conclusiones, de acuerdo a lo propuesto en los objetivos generales y específicos. Es por ello que “la interpretación del derecho, como esencia de la investigación jurídica, en ninguna situación debe ser el resultado de la fantasía del afanoso, sino la conclusión fundada de principios, normas y razones jurídicas de derecho aplicables al caso.” (Herrera, 2002: 16)



CAPITULO IV

CONCLUSIONES

1. La metodología del Análisis Económico del Derecho ha contribuido notablemente en el accionar judicial y además en la jurisdicción constitucional pues con sus técnicas se puede comprender en cuál de los supuestos, y bajo qué circunstancias, resulta eficiente la interacción de un órgano estatal en la resolución de conflictos entre privados, así como a la interpretación del funcionamiento del órgano en sí mismo, al elaborar un pronunciamiento, entre otros. Ciertamente la jurisdicción constitucional no hace oídos sordos a la realidad económica, social y política pues repercute en las decisiones que actualmente el Tribunal Constitucional en los casos que ha venido resolviendo.

2. Precisamente el “Criterio de Previsión de Consecuencias” es una herramienta interpretativa derivada del AED y tomada por la jurisdicción constitucional, autorizada doctrina señala que debe ser entendido como la decisión previsor del Tribunal Constitucional. Los jueces constitucionales ciertamente no pueden resolver sin tomar en cuenta la realidad, pues ello da legitimidad a sus decisiones, he ahí la necesidad y utilidad de utilizar pautas jurídicas racionales y medianamente objetivas que permitan controlar la actividad interpretativa desde un punto de vista técnico que no signifique un desplazamiento de los derechos fundamentales. Sin embargo, el Tribunal como órgano político y con sus miembros electos por las mayorías parlamentarias ha utilizado este sustento de manera perjudicial, utilizando metodologías clásicas y tradicionales, en las diferentes sentencias de estudio.



3. Se ha determinado que el criterio de previsión de consecuencias, es un principio que consiste en tomar consideraciones extrajurídicas, inclusive cuestionando la conveniencia de resolver de acuerdo con lo que es prima facie coherente con la Constitución. Al respecto, sucede que en muchas oportunidades una decisión formalmente ajustada a la Constitución (y las normas procesales) puede acarrear, en el futuro, peores consecuencias para el propio ordenamiento constitucional. Este criterio no puede analizarse aisladamente de los demás criterios interpretativos sino de acuerdo a los valores y primacía de los derechos fundamentales en cada caso en concreto que subyacen a la norma fundamental, principalmente en los supuestos de los casos trágicos como plantea el jurista Manuel Atienza se torna imposible encontrar solución jurídica alguna que no sacrifique ningún valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y moral. El Tribunal Constitucional lo ha hecho a través de las sentencias interpretativas y manipulativas o la declaración del estado de cosas inconstitucional, hasta las sentencias exhortativas o de mera incompatibilidad; así como la eficacia prospectiva de los precedentes vinculantes.

4. Se ha demostrado la existencia del “principio de preferencia” de los derechos fundamentales, deben regir la actuación del estado al momento de interpretar limitando la interferencia de cualquier otro criterio económico que limite derechos fundamentales; asimismo una interpretación y aplicación de la ley de conformidad con los derechos fundamentales no puede arrojar un resultado que reste eficacia al ejercicio del derecho fundamental. Hacerlo supondría admitir que los derechos fundamentales valgan en el ámbito de la ley, y no a la inversa, esto es, que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales, como debe ser en un Estado Constitucional de Derecho,



en el que precisamente esos derechos fundamentales constituyen su sistema material de valores, teniendo en cuenta que el primer mandato de la Constitución señala que la comunidad política se encuentra al servicio de la persona humana, de su dignidad y sus derechos.

5. Los derechos fundamentales deben ser preferidos incluso sobre metas colectivas o sobre interés públicos meramente estatales, no existe la posibilidad desde un punto de vista jurídico, que dichas concepciones puedan desplazar derechos constitucionalmente consagrados como derechos humanos o fundamentales. Por ello afinamos que la Constitución peruana ha establecido el favoritismo de los derechos humanos y la preponderancia de la persona humana, sin mediar criterios o análisis que sobrepasen el texto constitucional y por ende los derechos fundamentales



RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la divulgación del conocimiento respecto al criterio de previsión de consecuencias en el ámbito judicial, pues las interpretaciones previsoras no son herramientas inútiles desde el AED por el contrario sirven y coadyuvan a realizar proyecciones a futuro; sin embargo, ello no puede ir en sacrificio del principio de preferencia de los derechos fundamentales cuando se trata de borrar malas políticas públicas, o actos anticonstitucionales desde la administración pública.
2. Promover el Principio de Preferencia de los derechos fundamentales desde la academia y centros de debate y análisis desde una debida y motivada argumentación jurídica.



BIBLIOGRAFÍA

- Alban Peralta, W. (2001). *El Ombudsman como canal de acceso a la justicia*. Lima : Debate defensorial N°3.
- Alessandro, P. (1989). Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano. *Centro de Estudios Constitucionales, N°3*, 281.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Aragón Reyes, M. (1997). *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Instituto de Estudios Constitucionales.
- Aristóteles. (1990). *La política*. Lima: Mercurio.
- Atienza, M. (2007). *Los límites de la interpretación constitucional*. Madrid: Isonomía.
- Bastidas Freijedo, F. J. (2004). *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Bastidas, F. F. (2004). *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- Buchanan, J. (1978). *From Private Preferences to public philosophy: The Development of de Public Choice*. Londres: IEA.
- Cambi, E. (2011). *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Sao Paulo : Editora Revista dos Tribunais .
- Campbell, T. (2002). *La Justicia, los principios debates contemporáneos*. Barcelona: Gedisa.
- Carpio Marcos, E. (2000). *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados*. MÉXICO: UNAM.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona : Eunsa.
- Eugenio, N. P., & L, R. J. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°13, Fontamara*, 81-82.
- Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: 4° ed. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). *El garantismo y la filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Ferrajoli, L. (2008). *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. Santiago, Chile: Universidad de Talca.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*. Madrid: Trotta, 9° ed.



- García Amado, J. A. (2004). La interpretación constitucional. *Revista Jurídica de Castilla y León* N°2, 44.
- García Belaunde, D. (1994). *La interpretación constitucional como problema*. Madrid: Revistas de Estudios Políticos, Nueva Época N°86.
- García Belaunde, D. (2005). *La interpretación Constitucional como problema*. Mexico: UNAM.
- García Figueroa, A. (2010). *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A. (2010). *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica, en Carbonell Sanchez, Miguel/ García Jaramillo, Leonardo.El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- García Figueroa, A., Carbonell Sanchez, M., & García Jaramillo, L. (2010). *Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica - El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta.
- García, A. J. (2004). La interpretación constitucional. *Revista jurídica de Castilla y León* N°2, 44.
- Gerhard, L. (1971). *El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la aireación judicial de la política, en problemas fundamentales de la democracia moderna*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Madrid: Trotta.
- Guzman Napuri, C. (2015). *La constitución Política : un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hart, H. L. (1962). *The American Journal of Jurisprudence*. Reino Unido: Universidad de Oxford.
- IDH, C. (1998). *Caso Garrido y Baigorria vs Argentina*.
- Jurídica, L. v. (1995). *En enciclopedia jurídica básica*. Madrid: Civitas.
- Kelsen, H. (2001). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. México: Debate.
- Kelsen, H. (2008). *Teoría general del derecho y del Estado*. Mexico: Unam.
- Lamprea M, E. (2006). *Derechos fundamentales y consecuencias económicas"*. Bogota: Universidad Externado de Colombia .
- Landa Arroyo, C. (2006). *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. Lima: En Justicia Constitucional .
- Laporta, F. (2008). *Imperio de la Ley y Constitucionalismo*. Madrid.
- Limbach, J. (2000). El Tribunal Constitucional Alemán. *Teoría y Realidad Constitucional* N°4, 126.



- Lopera Mesa, G. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°27, 216-217.
- López, M. D. (2009). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogota .
- Lucas Verdú, P. (1985). *El sentimiento constitucional (Aproximación al modo de sentir constitucional como modo de integración política)*. Madrid: Reus.
- Martinez Pujalte, A. L. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales* . Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Martinez, J. J. (2006). *Entendiendo la reforma del Estado a través del problema de agencia* . Lima .
- Matteuci, N. (1985). *Constitucionalismo*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Matthias, H. (2003). *Interpretación Constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos*. Guatemala: Escuela de Estudios Judiciales.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* . Madrid: McGraw-Hill.
- Mill, S. J. (1980). *El utilitarismo*. Madrid.
- Mora Restrepo, G. (2009). *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Madrid: Marcial Pons .
- Moral Soriano, L. (2002). *El Precedente Judicial*. Madrid.
- Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Moron Urbina, J. C. (2008). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* . Lima: Gaceta Jurídica .
- Nogueira Alvala, H. (2008). *Elementos de dogmática de los derechos fundamentales: delimitación, regulación, limitaciones, configuración y garantías de los derechos fundamentales* . Lima: Gaceta Jurídica.
- Parkin, M. (2009). *Economía* . México: Pearson.
- Peces Barba, M. G. (1999). *Curso de derechos fundamentales- Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Perez Luño, A. E. (1991). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* . Madrid: Tecnos.
- Pérez Luño, A. E. (2007). *Los derechos fundamentales* . México: UNAM.
- Pinto, M. (2004). *El principio pro homine-Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.



- Pizzorusso, A. (1989). Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano. *Revista del centro de Estudios Constitucionales*, N°3, 282.
- Prieto Sanchis, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate.
- Prieto Sanchis, L. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°9, 176.
- Prieto Sanchis, L. (2002). *Derechos fundamentales- Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Sagues, M. S. (2010). *El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional*. Lima : Editorial PUCP.
- Schmill Ordoñez, U. (2009). *Orden jurídico y derrotabilidad normativa*. Lima: ARA Editores.
- Sternberger, D. (2001). *Patriotismo Constitucional*. Bogota : Universidad Externado de Colombia.
- Tullock, G. (1979). *El voto como un medio de control colectivo*. Madrid: Espasa Calpe S.A.
- Uprimmy Yepes, R., & Rodriguez Villabona, A. A. (2003). *Interpretación Judicial, Consejo Superior de la Judicatura*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia .
- Viehweg, T. (1986). *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- Vogliotti, M. (1997). *La bande de Mobius:Un modele pour penser les repports entre le fait et le droit, en Revue interdisciplinaire d etudes juridiques*, N°38.
- Wroblewski, J. (1985). *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Civitas.
- Zaccaria, G. (2004). *Razón Jurídica e interpretación*. Madrid .
- Zerpa Levis, I., & Delgado Ocando, J. M. (2002). *Curso de Capacitacion sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia . Cáracas: Tribunal Supremo de Justicia.



ANEXOS

1. Sentencia N° 00022-1996-PI/TC
2. Sentencia N° 0031-2004-AI/TC
3. Sentencia N° 00002-2010-PI/TC
4. Sentencia N° 00239-2010-PA/TC
5. Sentencia N° 0139-2013-PA/TC

