

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN CIENCIAS – MENCIÓN EN DERECHO
LÍNEA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS



**“LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER COLISIONES ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN CIENCIAS EN LA LÍNEA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**

PRESENTADO POR:

ALONDRA ALBALEDY QUIROZ TIRADO

Asesor de tesis:

Dr. Joel Romero Mendoza

Cajamarca, Mayo de 2015

A:

Mis padres Luis y Laura, porque con cada una de sus valiosas acciones han llenado mi vida de gratos recuerdos, a mis hermanas Coralí y Alejandra, quienes son amigas y compañeras y por regalarme auténticos momentos de alegría y felicidad; y a Omar, quien con sus palabras y ejemplo me ha ayudado a encarar los retos que hasta hoy se me han presentado.

*La vida no es más que una sombra andante jugador deficiente
que apuntala y realza su hora en el escenario
y después ya no se escucha más. Es un cuento
relatado por un idiota lleno de **ruido y furia.***

William Shakespeare
MACBETH

TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria.....	ii
Epígrafe.....	iii
Tabla de contenido.....	iv
Agradecimiento.....	viii
Resumen.....	ix
Abstract.....	x
Introducción.....	01

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Planteamiento del Problema.....	05
2. Formulación del Problema.....	09
3. Justificación del Problema.....	10
4. Delimitación del problema.....	10
5. Objetivos de la Investigación.....	11
6. Hipótesis.....	11
7. Tipo de Investigación.....	12
8. Métodos de Investigación	12
9. Población y Muestra.....	14
10. Unidad de Análisis.....	14
11. Limitaciones.....	14

CAPÍTULO II

REVISIÓN DE CONCEPTOS E INSTITUCIONES

1. Derechos Fundamentales.....	15
2. Los Derechos Fundamentales y los Derechos Constitucionales.....	16
3. Los Principios Constitucionales.....	17
4. La Optimización de los Derechos Constitucionales.....	18
5. Interpretación y Argumentación Constitucional.....	19
5.1. Interpretación Jurídica.....	19
5.2. Argumentación Jurídica.....	21
5.3. Interpretación Constitucional.....	22
5.4. Criterios de Interpretación Constitucional.....	24
5.5. El Principio de Unidad de la Constitución y el Principio de Ponderación como Criterios de Interpretación Constitucional.....	26
6. Neoconstitucionalismo.....	28
7. Estado Constitucional de Derecho.....	31
8. Rol de los Jueces en el Estado Constitucional de Derecho.....	32
9. La Labor del Tribunal Constitucional desde su Jurisprudencia.....	33

CAPÍTULO III

POSICIÓN CONFLICTIVISTA DE LOS DERECHOS

CONSTITUCIONALES

1. Posición Conflictivista.....	36
2. Crítica a la Posición Conflictivista.....	39
2.1. Falta de Coherencia Interna.....	39

2.2. La Vulneración al Contenido Esencial de los Derechos.....	40
3. Conflicto de Intereses y Pretensiones.....	41

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y CONCORDANCIA

PRÁCTICA COMO CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

CONSTITUCIONAL

1. El Principio de Unidad de la Constitución y el Principio de Concordancia Práctica...43	
2. El Principio de Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica como favorecedores de una Interpretación Armoniosa.....	45
3. Análisis de la aplicación del Principio de Unidad de la Constitución en las Sentencias del Tribunal Constitucional.....	47

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. La Jerarquía y la Ponderación como Medios de Solución del Conflicto.....	51
2. El Juicio de Ponderación.....	51
3. Análisis de la Aplicación del Juicio de Ponderación en las Sentencias del Tribunal Constitucional.....	57
4. Análisis de la aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Sentencias del Tribunal Constitucional.....	64
5. Crítica a la Ponderación	67

CAPÍTULO VI

DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

1. Límites de los Derechos Constitucionales.....	72
2. Teoría Interna y Teoría Externa de los Límites de los Derechos Constitucionales.....	74
3. Contenido Constitucional de los Derechos Humanos.....	77
4. Mecanismos para Delimitar el Contenido Esencial de los Derechos Humanos	82

CAPÍTULO VII

SEGURIDAD JURÍDICA Y LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

1. La Seguridad Jurídica como Característica necesaria de la Labor del Tribunal Constitucional	84
2. La Falta de un Sistema Homogéneo de Aplicación de Criterios de Interpretación Constitucional.....	86
3. La Seguridad Jurídica como Judicial – Preventiva.....	89
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES.....	93
LISTA DE REFERENCIAS.....	94
ANEXOS.....	97

AGRADECIMIENTO

Al Doctor Joel Romero Mendoza, asesor del presente trabajo de investigación, por su tiempo y por el apoyo académico brindado que guiaron el desarrollo del presente estudio

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, en primer lugar se ha mostrado las diversas contradicciones en la aplicación de los criterios de interpretación constitucional que aparecen en las Sentencias del Tribunal Constitucional, específicamente en el hecho de reconocer la teoría de la Unidad de la Constitución y asumir a la vez la posición conflictivista, la cual es abiertamente opuesta. En segundo lugar, se ha puesto en evidencia los principales problemas que conduce asumir la posición conflictivista, y con tal fin se ha examinado dos de los métodos mas utilizados para la solución de los aparentes conflictos: la jerarquización y la ponderación. En tercer y último lugar, se ha ofrecido una explicación alternativa, que busque dar respuesta a los problemas e inconvenientes que no pueden ser resueltos desde la perspectiva conflictivista cuestionada y en este contexto se examinaron, los límites y el concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales.

ABSTRACT

This research, in first place, seeks to show the many contradictions in the application of the interpretive guides that appear in Constitutional Court's judgments, specifically in the fact of recognizing the Constitution Unity theory and also assuming the conflictive position, which is openly opposite. In second place, it seeks to give an account of assuming the conflictive position, what for, two of methods most commonly used to resolve apparent conflicts were examined: hierarchy and weighting. In third and final place, it have offered an alternative explanation to answer the problems and inconveniences that cannot be resolved since the questioned conflictive perspective; in this context, the limits and concept of fundamental right's core content were examined.

INTRODUCCIÓN

Según una visión conflictivista de los derechos fundamentales, estos son susceptibles de entrar en oposición entre sí, es decir eventualmente y bajo determinadas circunstancias pueden coexistir derechos que ampararían situaciones contradictorias, por lo que ante esta situación, según esta postura, deberá preferirse un determinado derecho sobre otro. La lógica de la posición conflictivista es que mientras el contenido constitucional de un derecho fundamental ampararía una pretensión, el contenido de otro derecho constitucional exigiría su rechazo y por lo tanto la solución que propone la visión conflictivista es preferir un derecho sobre el otro, mediante dos mecanismos: la jerarquización abstracta y la ponderación, siendo este último más utilizado que el primero, el cual consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos que se encuentren en conflicto teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, a fin de concluir cuál de los derechos “pesa más” en el caso en particular.

Sin embargo, un problema que se puede advertir en la aplicación del principio de ponderación, es que, entra en contradicción con el principio de la Unidad de la Constitución, puesto que la aplicación de la ponderación implica la aceptación del supuesto necesario de la existencia de derechos en oposición o contradicción, siendo la solución: la prevalencia de un derecho sobre otro, lo cual a su vez implicaría que la Constitución no pueda ser interpretada como una unidad sistemática, aunando a esto que el dispositivo constitucional que recoge el derecho sacrificado perdería su carácter normativo en la medida que este dispositivo no regirá en el caso concreto, perdiéndose la vigencia conjunta y armoniosa de los derechos constitucionales.

Por otro lado, otra crítica que recibe este mecanismo de interpretación constitucional es el exceso de apreciaciones subjetivas por parte del Juez, puesto que por la misma naturaleza de los derechos fundamentales resulta imposible imaginar la existencia de un procedimiento perfectamente objetivo para la aplicación de la ponderación y como consecuencia de esta realidad, se abre la posibilidad de las apreciaciones subjetivas por parte del Juez, otorgándole a este un margen de deliberación nada despreciable.

Entendemos, que las normas jurídicas no se aplican por sí mismas sino que es necesario que sean aplicadas y esto a la vez requiere de un primer paso que es la interpretación, por lo que ocurrido un conflicto entre derechos constitucionales, el juzgador debe valerse de la interpretación para determinar la aplicación de las normas jurídicas, pero en este contexto hablamos de una interpretación constitucional, utilizando para ello criterios como la aplicación del principio de unidad de la Constitución y la aplicación del principio de ponderación.

El problema en la aplicación de los criterios de interpretación, se da cuando de antemano el Tribunal Constitucional asume una postura conflictivista, por la que considera que los derechos constitucionales entran en conflicto, lo cual se contradice con lo propuesto por el principio de Unidad de la Constitución, en base al cual no existe un conflicto real de derechos sino solo aparente, puesto que no pueden existir dos derechos correctamente ejercidos y a la vez contradictorios entre sí, sino que sólo hay un derecho fundamental correctamente ejercitado o invocado, el cual colisionará con el derecho erróneamente invocado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no utiliza un sistema homogéneo de aplicación de criterios de interpretación constitucional, puesto que aplica tanto el principio de Unidad de la Constitución, como el principio de ponderación, cuando los dos se erigen

bajo un fundamento distinto y contradictorio, como es la existencia de contradicción entre derechos fundamentales. Siendo que todo esto favorece a la inseguridad jurídica provocada por la falta de un sistema homogéneo que permita discriminar cuando ha de aplicarse determinado criterio, motivo por el cual en el presente trabajo, motivo por el cual nuestro principal objetivo es recoger los fundamentos necesarios para considerar al principio de Unidad de la Constitución como el criterio interpretativo acorde a los principios constitucionales, buscando además alcanzar un sistema homogéneo para su aplicación.

Para esto, analizaremos cómo el Tribunal Constitucional aplica los criterios de interpretación constitucional en cada caso concreto (método deductivo), estudiando los componentes del supuesto fáctico doctrinario y las consecuencias jurídicas (método inductivo). En el Primer Capítulo, nos centraremos en desarrollar los aspectos metodológicos de la presente investigación, tales como la justificación, objetivos y métodos, entre otros; en el Segundo Capítulo realizaremos una revisión general de los principales conceptos e instituciones, necesaria para la comprensión total del presente trabajo; en el Tercer Capítulo profundizaremos en nuestro estudio de la posición conflictivista de los derechos constitucionales, diferenciando el conflicto de intereses y pretensiones del conflicto de derechos constitucionales *strictu sensu*; en el Capítulo Cuarto y Quinto respectivamente, estudiaremos la aplicación del Principio de Unidad y Concordancia Práctica y el Principio de Ponderación por el Tribunal Constitucional, haciendo una crítica respecto a la utilización de éste último, lo cual nos llevará a proponer como mecanismo de resolución del aparente conflicto suscitado entre derechos constitucionales, la delimitación del contenido esencial de los derechos, la cual es analizada en el Capítulo Sexto, por último en el Capítulo Séptimo nos centraremos en analizar a la

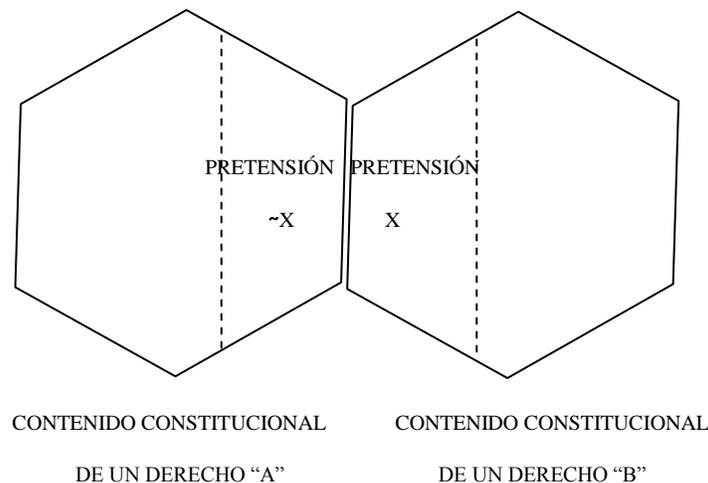
demanda de seguridad jurídica como fundamento de la exigencia de un sistema homogéneo de aplicación de los criterios de interpretación constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Real Academia Española, define al *conflicto* en su quinta acepción como “la coexistencia de tendencias contradictorias” (Diccionario de la Lengua Española 2005), en ese sentido, según una visión conflictivista los derechos fundamentales son susceptibles de entrar en oposición entre sí, es decir eventualmente y bajo determinadas circunstancias pueden coexistir derechos que ampararían situaciones contradictorias, por lo que deberá preferirse uno sobre otro.

La lógica de la posición conflictivista se basa en que mientras el contenido constitucional de un derecho fundamental ampararía una pretensión, el contenido de otro derecho constitucional exigiría su rechazo:



La solución que propone la visión conflictivista es preferir un derecho sobre el otro, mediante dos mecanismos: la jerarquización abstracta y la ponderación,

siendo este último más utilizado que el primero, el cual consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos que se encuentren en conflicto teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, a fin de concluir cuál de los derechos “pesa más” en el caso en particular. Mientras que el primero está referido a otorgar *a priori* un peso en abstracto a cada uno de los derechos constitucionales, y así elaborar una suerte de prelación de derechos.

El problema en la aplicación del principio de ponderación, es que entra en contradicción con el principio de la unidad de la Constitución¹, el cual exige analizar las Constitución como un todo unitario, puesto que la aplicación de la ponderación implica la aceptación del supuesto necesario de la existencia de derechos en oposición o contradicción siendo la solución la prevalencia de un derecho sobre otro, repercutiendo esto en que la Constitución no pueda ser interpretada como una unidad sistemática, aunando a esto que el dispositivo constitucional que recoge el derecho sacrificado pierda su carácter normativo en la medida que este dispositivo no regirá en el caso concreto, perdiéndose la vigencia conjunta y armoniosa de los derechos constitucionales.

Por otro lado, otra crítica que recibe este mecanismo de interpretación constitucional es el exceso de apreciaciones subjetivas por parte del Juez, puesto

¹ Precisemos que por el principio de unidad de la Constitución se busca que los derechos constitucionales deberán interpretarse como integrantes de un sistema, de una unidad, evitando toda interpretación que pudiera convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales, puesto que se debe analizar a la Constitución como un todo unitario, de tal forma que favorezca una interpretación unitaria y armoniosa de los dispositivos constitucionales, especialmente aquellos que reconocen derechos.

que por la misma naturaleza de los derechos constitucionales resulta imposible imaginar la existencia de un procedimiento perfectamente objetivo para la aplicación de los derechos constitucionales y como consecuencia de esta realidad se abre la posibilidad de las apreciaciones subjetivas por parte del Juez, otorgándole a este un margen de deliberación nada despreciable.

Sabemos sin lugar a discusión, que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, y ésta es su labor primordial en un Estado Constitucional de Derecho, tarea que no sólo se erige en interpretar la Constitución sino también en desarrollar jurisprudencia vinculante, sobre la cual los demás órganos de decisión necesariamente harán un análisis y revisión; esta labor relevante en un inicio, cobra aún mayor importancia cuando dicha interpretación versa sobre dispositivos constitucionales que protegen derechos fundamentales, debiendo motivar cuidadosamente cualquier intervención en los mismos. Según Luis Castillo Córdova, la labor del Tribunal Constitucional es legitimar situaciones que dependiendo de las circunstancias del caso concreto pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones de derechos constitucionales (Castillo Córdova, Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general 2007, 329), entendiendo que las normas jurídicas no se aplican por sí mismos sino que es necesario que sean aplicadas y esto a la vez requiere de un primer paso que es la interpretación, dado que el Derecho no es una ciencia exacta donde no hay nada que interpretar, por lo que ocurrido un conflicto entre derechos constitucionales, el juzgador debe valerse de la interpretación para determinar la aplicación de las normas jurídicas, pero en este contexto hablamos de una interpretación

constitucional, la cual dada la especial relevancia de la materia tiene características especiales que la diferencian de una interpretación de normas distintas a las constitucionales, utilizando criterios como la aplicación del principio de unidad de la Constitución y la aplicación del principio de ponderación.

El problema en la aplicación de los criterios de interpretación, se da cuando de antemano el Tribunal Constitucional asume una postura conflictivista, por la que considera que los derechos constitucionales entran en conflicto, lo cual se contradice con lo propuesto por el principio de Unidad de la Constitución, en base al cual no existe un conflicto real de derechos sino solo aparente, para esta postura no existen dos derechos correctamente ejercidos y a la vez contradictorios entre sí, sino que sólo hay un derecho fundamental correctamente ejercitado o invocado; así en palabras de Luis Castillo Córdova:

“Los derechos humanos son realidades esencialmente no contradictorios entre sí y el conflicto en el que eventualmente se encuentren es solo aparente puesto que no pueden tener en abstracto un contenido que los haga opuestos y contradictorios entre sí, el conflicto se da realmente a nivel de las pretensiones planteadas en una relación procesal. Lo que chocan son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho y cuya verdadera naturaleza corresponde develar al juez en cada caso” (Castillo Córdova, Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general 2007, 338)

Por estas consideraciones creemos que el Tribunal Constitucional no utiliza un sistema homogéneo para la aplicación de criterios de interpretación constitucional, pues aún asumiendo una postura conflictivista aplica el principio de unidad de la

Constitución², lo cual es abiertamente contradictorio entre sí, cuando pese a haber reconocido la armonía y unidad de la Constitución termina refiriéndose a conflicto de derechos y sacrificio de uno por el otro³. Situación que promueve a la inseguridad jurídica provocada por la falta de un sistema homogéneo que permita discriminar qué criterio y bajo qué fundamento debe aplicarse en determinado caso concreto.

En este contexto ha de tomarse en cuenta que actualmente nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, el cual deberá promover las condiciones y presupuestos que permitan el desarrollo de la persona y por lo tanto deberá garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Asimismo, es regla general del Estado Constitucional de Derecho que jamás pueda arribarse a conclusión interpretativa contraria a los principios constitucionales, en ese sentido los mecanismos de interpretación de los derechos fundamentales cobran especial importancia en la actualidad, motivo por el cual resulta especialmente relevante llegar a determinar un sistema homogéneo de criterios de interpretación constitucional.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo aplica el Tribunal Constitucional los Principios de Ponderación, Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica, como criterios de interpretación constitucional, al momento de resolver colisiones entre derechos constitucionales?

² Exp. N° 1085-2003-HC/TC

³ Exp. N° 0895-2001-AA/TC

3. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

El Tribunal Constitucional peruano al momento de resolver las colisiones entre bienes constitucionalmente protegidos, tiene la opción de aplicar diversos criterios de interpretación dependiendo del análisis del caso concreto; sin embargo el Alto Tribunal no maneja un sistema homogéneo para discriminar cuando aplicar tal o cual principio, aplicando en algunos fallos el principio de ponderación y en otros los principios de unidad de la constitución u concordancia práctica, lo cual implica un riesgo en la certeza de sus decisiones, es por esto que es necesario contar con un sistema unánime y ajustado a derecho que determine qué criterio jurídico doctrinario ha de utilizarse para la interpretación constitucional al momento de solucionar las colisiones entre bienes constitucionalmente protegidos; lo cual otorgará seguridad y estabilidad jurídica en el tratamiento de casos concretos por parte del Tribunal Constitucional.

4. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

TEMÁTICA: El problema de investigación se encuentra delimitado dentro de la rama del Derecho Constitucional en el tema de Criterios de Interpretación constitucional.

TERRITORIAL: Está determinado por el territorio nacional dado el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional.

TEMPORAL: Se ha estudiado la aplicación de los criterios de interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional a partir del año 2000 hasta el año 2013.

5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

5.1. Objetivo general:

Evidenciar que el Tribunal Constitucional, al momento de resolver las colisiones entre bienes constitucionalmente protegidos, aplica indistintamente los criterios de interpretación constitucional sin regirse por un sistema homogéneo.

5.2. Objetivos específicos

- a) Analizar la aplicación de los criterios de interpretación constitucional en las sentencias del Tribunal Constitucional.

- b) Analizar la aplicación del principio de ponderación como criterio de interpretación constitucional en las sentencias del Tribunal Constitucional.

- c) Analizar la aplicación del principio de Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica como criterios de interpretación constitucional en las sentencias del Tribunal Constitucional.

6. HIPOTESIS

El Tribunal Constitucional, al momento de resolver colisiones entre derechos constitucionales, aplica los Principios de Ponderación, Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica, como criterios de interpretación constitucional, sin regirse por un sistema homogéneo.

7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

De Acuerdo al fin que se persigue

La presente investigación es **Teórica** puesto que se busca profundizar en el conocimiento respecto a la aplicación de los criterios de interpretación constitucional en las Sentencias del Tribunal Constitucional.

De acuerdo al diseño de investigación

Es una de tipo **Descriptiva y Explicativa**, No Experimental; puesto que en el presente trabajo de investigación se ha procedido a describir la aplicación de los criterios de interpretación constitucional en la Sentencias del Tribunal Constitucional.

8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

A. Método Analítico

Por este método se observa y examina un hecho en particular. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor sus características y establecer nuevas teorías.

En el presente caso, este método lo utilizamos para analizar los conceptos sobre la interpretación constitucional y los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional.

B. Método Inductivo

El método inductivo o inductivismo es aquel método científico que obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se trata del método científico más usual, en el que pueden distinguirse cuatro pasos esenciales: la

observación de los hechos; la clasificación y el estudio de estos hechos; la derivación inductiva que parte de los hechos y permite llegar a una generalización; y la contrastación.

En el presente caso, utilizamos este método para estudiar los componentes del supuesto fáctico doctrinario de cada postulado (aplicación de los Principios de Unidad de la Constitución, Concordancia Práctica y Ponderación) y de las consecuencias jurídicas a nivel teórico.

C. Método Deductivo

El método deductivo logra inferir algo observado a partir de una ley general, es decir va de lo general a lo particular, se hace uso de una serie de herramientas e instrumentos que permitan conseguir los objetivos propuestos de llegar al punto o esclarecimiento requerido.

El cual utilizamos respecto de la aplicación en cada caso de los criterios de interpretación constitucional por parte del Tribunal Constitucional, que corrobore nuestra premisa general.

D. Hermenéutico

Método por el cual se pretende explicar las relaciones existentes entre un hecho y el contexto en el acontece, mediante la interpretación que permite la captación de diversos elementos, tales como estructuras o sistemas dinámicos.

Por este método analizamos e interpretamos los fundamentos jurídicos que utiliza el Tribunal Constitucional para utilizar un determinado criterio de interpretación constitucional en sus sentencias.

9. POBLACIÓN Y MUESTRA

Nuestra Población han sido las Sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional donde se ha aplicado los criterios de interpretación constitucional de unidad de la constitución, concordancia práctica y ponderación constitucional.

Con relación a la muestra, las sentencias analizadas han sido en número de setenta y dos (72), comprendidas entre los años 2000 a 2013.

10. UNIDAD DE ANÁLISIS

La Unidad de Análisis, lo constituye las Sentencias del Tribunal Constitucional.

11. LIMITACIONES

La principal limitación que hemos encontrado se ha dado en la adquisición de algunos libros, las cuales por ser inéditos, no encontrarse en el territorio nacional por la extinción de sus ediciones, no ha sido posible valerse de los mismos.

CAPITULO II

REVISIÓN DE CONCEPTOS E INSTITUCIONES

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

Se entiende por derechos constitucionales, aquellos derechos del hombre⁴ constitucionalizados, ya sea expresa o implícitamente, es decir al margen si estén positivizados o no. Sabemos que los derechos constitucionales están recogidos por la Constitución, y su principal función es que sirven de límites a la actuación del poder político y a la vez operan como exigencias de la naturaleza humana y su consecuente dignidad.

Los derechos fundamentales o constitucionales son la expresión de la dignidad humana, asimismo son la *conditio sine qua non* del Estado Constitucional de Derecho, de esta forma funcionan como derechos de defensa frente al Estado. (Fernández Segado 1994, 57), la doctrina comúnmente entiende a los “derechos fundamentales” como todos aquellos derechos garantizados y protegidos por la Constitución, en ese sentido, en el presente trabajo utilizaremos el término derechos constitucionales para referirnos a los derechos fundamentales.

⁴ En la Constitución se puede identificar tres distintos grupos de derechos del hombre: el primer grupo se denomina “Derechos Fundamentales”, este grupo recoge los derechos correspondientes con el *status libertatis* o derechos de primera generación; el segundo grupo de derechos constitucionales se denomina “Derechos Sociales” y son los derechos correspondientes al *status positivus socialis*, son también llamados derechos de prestación o derechos de segunda generación y finalmente el tercer grupo lleva por denominación “Derechos Políticos” y corresponde a los derechos a los que daba lugar el *status activae civitatis*, correspondiendo cada grupo con cada uno de los tres primeros Capítulos del Título I de la Constitución. (Castillo Córdova, Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general 2007, 120)

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES⁵

A fin de evitar posibles confusiones es conveniente en el Ordenamiento Constitucional Peruano, manejar una única expresión que implique tanto a los derechos y libertades personales, como a los derechos sociales y a los derechos políticos y esta es “derechos constitucionales” lo cual proyecta la imagen de equiparación y unidad de todos estos derechos y además porque al mismo tiempo alude el carácter normativo y de obligación estatal de estos. (Castillo Córdova, Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general 2007, 122)

Son derechos constitucionales no sólo los expresamente recogidos por la Constitución, sino todos aquellos que se desprenden de principios como el de la dignidad humana y a estos se los conoce como derechos no positivizados o derechos constitucionales implícitos; en tal sentido y para evitar cualquier confusión nos parece más apropiado utilizar la expresión “derechos constitucionales”, concepto que englobaría a los derechos humanos, derechos del hombre y derechos fundamentales.

Sabemos que los derechos constitucionales están recogidos por la Constitución, y su principal función es que sirven de limitación a la actuación del poder político y a la vez operan como exigencias de la naturaleza humana y su consecuente dignidad.

⁵ Derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales son expresiones que en el ordenamiento jurídico peruano pueden emplearse indistintamente para referirse a los derechos de la persona en tanto persona. (Castillo Córdova, Los Derechos Constitucionales 2007, 100)

Los derechos fundamentales o constitucionales son la expresión de la dignidad humana, asimismo son la conditio *sine qua non* del Estado Constitucional de Derecho, de esta forma funcionan como derechos de defensa frente al Estado. (Fernández Segado 1994, 57), como ya indicamos en la presente investigación utilizaremos el término derechos constitucionales para referirnos a los derechos fundamentales, derechos del hombre y derechos humanos.

3. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Recordemos que el derecho no se reduce a la ley, es decir al derecho positivo, sino que está abierto a principios y valores que se colocan por encima de la ley formal y que sirven para determinar el mandato normativo que se encuentran detrás de una formulación lingüística de un dispositivo legal.

Tal y como lo manifiesta Luis Castillo Cordova: “..los derechos constitucionales, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el campo de lo jurídico...” (Castillo Córdoba, Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general 2007, 104), siendo la dignidad el fundamental⁶, sin embargo los tres están relacionados recíprocamente,

⁶ El Tribunal Constitucional en el Exp. N°. 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre del 2003, ha establecido que “la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento”

aunque en la redacción de la Constitución no se haga alusión directa a los principios de igualdad y libertad.

En la Constitución Política del Perú, en los artículos 1 y 3⁷ de se plasma valores y principios los cuales sirven de fundamento de los derechos constitucionales, de modo que estos vienen a ser manifestaciones de aquellos, es por esta razón que los principios vienen a cobrar un papel relevante al momento de hacer un análisis de los derechos constitucionales.

4. LA OPTIMIZACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Dada una colisión entre normas constitucionales que protejan derechos constitucionales, se debe buscar en cada caso concreto que ambos derechos “coexistan” sin eliminarse uno a otro, de tal forma que ambos derechos deban de satisfacerse en la mayor medida de lo posible, eso se entiende por “optimización de los derechos constitucionales”

La “optimización” deberá ser utilizada como una pauta a ser tomada en cuenta al momento de interpretar dos derechos constitucionales en colisión, en ese sentido los tratados sobre Derechos Humanos establecen pautas de interpretación las cuales son reglas de preferencia en el sentido de que siempre debe preferirse la norma que optimice mejor un derecho fundamental, independientemente del rango jurídico que este tenga,

⁷ El artículo primero de la Constitución peruana ha establecido que el respeto de la dignidad de la persona humana es el fin de la realidad estatal y social, mientras que el artículo tercero ha dispuesto que la enumeración de los derechos establecidos en ese capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno

pues los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico. (Díaz Revorio 2012, 24)

Según lo expresado por Robert Alexy, los principios no son normas que establezcan que deba hacerse exactamente en determinada situación sino que son normas que buscan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, y esto se llegará a definir en relación con el principio o la regla que entre en contradicción en un caso concreto.

5. INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

Tanto la argumentación como la interpretación constitucional ocupan un punto central en el Estado Constitucional de Derecho, pues teniendo en cuenta que las normas constitucionales en algunas situaciones resultan siendo ambiguas, es necesario determinar en principio el contenido de dichas cláusulas teniendo en cuenta criterios razonables y jurídicamente correctos.

5.1. Interpretación Jurídica

Se puede definir a la interpretación jurídica de dos formas, una abstracta, la cual comprende a la identificación del significado normativo de un texto jurídico y una concreta, que comprende la subsunción de un caso específico al campo de aplicación de una norma previamente identificada, Juan Manuel Sosa Sacio,

nombra a cada una de estas como: “interpretación-significado” e “interpretación-aplicación” (Sosa 34, 2011).

En ese sentido, una disposición sería el texto que contiene la fuente del derecho sujeto a interpretación y todavía por interpretar, mientras que la norma es una disposición ya interpretada, a la cual ya se le ha asignado un sentido o contenido interpretativo.

Producto de los problemas jurídicos respecto a la determinación de los derechos fundamentales, nace la necesidad de interpretar constitucionalmente dichos derechos, esta interpretación en la actualidad se encuentra limitada o condicionada a preferir un derecho sobre otro (test de ponderación), si aceptamos la extendida corriente del pensamiento jurídico que concibe a los derechos constitucionales como realidades que en determinado caso concreto entran en oposición y conflicto. El presente trabajo de investigación precisamente se centra en hacer una crítica a la forma de concebir de ésta forma los derechos constitucionales y por consiguiente a la interpretación que de ésta situación se desprende.

Buscando en primer lugar, recuperar el importante y relevante rol que juega el Tribunal Constitucional en la tarea de desarrollar una postura uniforme para la interpretación constitucional, basada principalmente en la concepción armónica de los derechos constitucionales entre si, el principio de unidad de la constitución y el principio de la concordancia práctica, la interpretación, entonces, debe estar destinada a encontrar el ámbito legítimo de ejercicio del derecho, de tal forma que

no sea necesario elegir uno y prescindir de otro, sino que la tarea del jurista está en mirar hacia el contenido esencial del derecho, y determinar dicho contenido no es otra cosa que determinar sus límites internos, y de esta forma lograr la coexistencia armónica de derechos.

5.2. Argumentación Jurídica

Argumentar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar, esta actividad cobra especial importancia en un Estado Constitucional de Derecho, el cual exige fundamentar y justificar las decisiones jurisdiccionales, dando razones convincentes para ello, con una lógica interna.

Argumentar, es importante en materia jurídica-constitucional, porque las disposiciones normativas que recogen los derechos constitucionales pueden ser susceptibles de distintas interpretaciones, lo cual nos llevaría a conflictos no de derechos entre sí sino a conflictos en la asignación de sentido⁸ a las normas que recogen derechos constitucionales.

Por lo que, la labor de argumentación jurídica del Tribunal Constitucional se torna mucho más imperativa en el caso de la aparente colisión en un caso concreto entre dos normas constitucionales, pues se deberá de dar razones suficientes para determinar cuál es el contenido esencial de cada derecho constitucional, y así

⁸ Hay conflicto de asignación cuando es necesario interpretar respecto a los alcances de cierto texto normativo.

diferenciar cuál de las pretensiones y en qué medida se encuentra amparada por el derecho constitucional invocado.

5.3. Interpretación Constitucional

La Constitución es una norma jurídica la cual puede ser interpretada utilizando tanto los criterios de interpretación legislativa como aquellos considerados propiamente constitucionales.

La interpretación gramatical o literal, consiste en interpretar una cláusula constitucional desde lo expresamente señalado por las palabras, sin poder interpretar de forma que vayan contra el sentido literal de la norma.

La interpretación lógica, entiende que las normas constitucionales pueden ser desagregadas como argumentos correctos de los que se deriven inferencias válidas.

La interpretación histórica busca encontrar el sentido de lo que quiso regularse en el contexto histórico en el que la norma fue aprobada, esta forma de interpretar las normas constitucionales actualmente se encuentra ampliamente criticada, pues se entiende que la Constitución es una norma cuyo contenido se actualiza permanentemente y debe responder a necesidades, expectativas y valoraciones presentes.

La interpretación sistemática, por la cual se debe concebir a las normas constitucionales en el marco de un sistema complejo.

Como hemos visto, estos criterios de interpretación de la ley podrán ser utilizados para la interpretación de las normas constitucionales, sin embargo entendemos que la Constitución dada su complejidad y peculiaridad⁹, hace que su interpretación sea compleja, lo que justifica la existencia y utilización de mecanismos especiales de interpretación. Siendo la Interpretación Constitucional de especial importancia, más aún si recordamos que la Constitución regula aspectos claves y esenciales para el orden y la convivencia pacífica de las comunidades políticas.

Al respecto, Segundo Linares ensayó algunas reglas de interpretación constitucional:

- a) “Fin supremo de interpretación constitucional. En la interpretación constitucional siempre debe prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, es también restricción de poderes en amparo de la libertad individual;
- b) Interpretación amplia. La Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal, y práctico y nunca estrecho, limitado y técnico.
- c) Sentido de las palabras de la Constitución. Las palabras que emplea la Constitución deben entenderse en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido técnico;

⁹ Peculiaridades que hacen de la Constitución una norma especial, como: a) Es una norma política, además de jurídica, b) Es una norma axiológica; c) Es una expresión cultural y social dinámica; d) Contiene disposiciones con expresiones indeterminadas o ambiguas con estructura de principio; e) Consagra los bienes del más alto rango para una comunidad; f) Está afectada por el pluralismo político, social y cultural.

- d) La Constitución como un todo orgánico. El significado de cada parte debe determinarse en armonía con las partes restantes;
- e) La Constitución como instrumento de gobierno permanente. La Constitución ha de ser interpretada teniendo en cuenta (...) las condiciones, circunstancias y necesidades sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su aplicación e interpretación;
- f) Privilegios y excepciones. Las excepciones y privilegios deben interpretarse con sentido restrictivo;
- g) Presunción de constitucionalidad. Los actos de los poderes públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ésta". (Linares, 1960)

5.4. Criterios de Interpretación Constitucional

Las técnicas o pautas que la hermenéutica jurídica ha desarrollado para interpretar las normas jurídicas ordinarias no son aplicables a las normas constitucionales, es por esta razón que se han tenido que establecer reglas y pautas de interpretación constitucional distintas a las que se utilizan para interpretar disposiciones distintas a las constitucionales. (Díaz Revorio 2012, 19)

Existen criterios de interpretación constitucional: criterio gramatical, mediante el cual la norma deberá interpretarse conforme al sentido propio de las palabras, recurriendo a su literalidad como elemento sustancial para determinar el sentido de la norma; criterio sistemático, conforme a este para interpretar una norma

específica de la Constitución, hay que tener en cuenta otros preceptos o normas dentro de del denominado “contexto jurídico”; el criterio teleológico, mediante este criterio se recurre a la búsqueda de la finalidad de la norma, finalidad derivada de los preceptos constitucionales que recogen derechos fundamentales, que son valores y fines esenciales del sistema constitucional; criterio de aplicación de la unidad de la Constitución, por el cual se entiende que la Constitución es un todo, siendo que sus disposiciones deberán siempre ser interpretadas de forma armónicas ante eventuales conflictos entre preceptos constitucionales; el criterio de aplicación del principio de ponderación, mediante al cual los conflictos no deberán resolverse en base a la supuesta superioridad de uno sobre otro sino mediante la ponderación, la cual posibilidad en cada caso concreto un cierto grado de realización de los principios en tensión. (Diaz Revorio 2012, 23).

La utilización de los criterios de interpretación constitucional se exige más aún en el Estado Constitucional de Derecho, en razón que los jueces se encuentran obligados a justificar racionalmente sus decisiones para que estas no sean vistas como arbitrarias; en ese sentido los criterios de interpretación deberán ser concebidos como pautas jurídicas racionales y medianamente objetivas que permitan controlar la actividad interpretativa desde un punto de vista técnico. (Sosa 40, 2011)

5.5. El principio de Unidad de la Constitución y el Principio de Ponderación como criterios de interpretación constitucional

A. El principio de ponderación

En este trabajo nos sumamos a la tesis que concibe el sistema jurídico compuesto por dos tipos de normas jurídicas: las reglas y los principios, las cuales se aplican por medio de dos procedimientos, que son la subsunción y la ponderación respectivamente.

Por el principio de Ponderación se utiliza una operación lógico-jurídica en la que el Juzgador ha de sopesar los derechos en conflicto, utilizando las reglas de idoneidad, necesidad y oportunidad; identificando primero los principios en colisión, para luego atribuirles a cada uno de los derechos constitucionales, dependiendo de las circunstancias del caso, un peso específico, todo esto bajo la llamada ley de ponderación, que es “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”.

El problema del test de ponderación de los principios en juego, es que siempre dependerá de consideraciones morales e ideológicas del juzgador, lo cual tampoco se solucionaría con la implementación de una escala de los pesos abstractos de los principios, puesto que esto resultaría peor que el problema y estancaría el desarrollo constante del derecho.

B. El principio de unidad de la Constitución

Tal y como lo expresa Mijail Mendoza citado por Díaz Revorio, las soluciones ofrecidas para la resolución de conflictos iusfundamentales en sentido estricto pueden ser dos: el establecimiento de una jerarquización de derechos o el principio de unidad de la Constitución. Lo primero supone la adopción de una jerarquía de derechos fundamentales donde el derecho de mayor rango deberá prevalecer sobre el derecho en el que se halla en conflicto. El segundo en cambio pretende optimizar o proteger todos los derechos en conflicto de modo que todos puedan realizarse, puesto que no hay jerarquías abstractas e incondicionadas entre derechos fundamentales (Díaz Revorio 2012, 26)

Por medio de la unidad de la Constitución, en caso de conflicto entre derechos constitucionales se deberá buscar preservar siempre la armonía y unidad de la Constitución, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, estando exenta de toda interpretación aislada .

C. Problemas en la aplicación de los mecanismos de interpretación constitucional

Quizás uno de los problemas por los que la ponderación no se aplica uniformemente por el Tribunal Constitucional es porque no existen criterios jurídicos objetivos que vinculen al Tribunal con conclusiones generales, lo cual a su vez conlleva a la proliferación de subjetividades del juzgador¹⁰. Otro de los problemas con los que se enfrenta el Test de Proporcionalidad, tal y como lo expresa Carlos Bernal Pulido es la imposibilidad de predecir sus resultados, los cuales serían particulares y dependerían de las circunstancias del caso concreto y no de criterios generales y sacrificarían la certeza, coherencia y la generalidad del derecho (Bernal Pulido 2010, 40)

6. NEOCONSTITUCIONALISMO

Para el desarrollo de la presente investigación debemos tener en cuenta que actualmente estamos inmersos en el conocido derecho constitucional contemporáneo o “neoconstitucionalismo”, el constitucionalismo nace con la existencia de normas jurídicas superiores esto es la “Constitución”, las cuales tienen como pilares el control o límite al poder absoluto y el reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales, estos son el común denominador de los distintos movimientos constitucionales como: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y

¹⁰ La indagación filosófica a fin de buscar un fundamento absoluto de los derechos humanos, es una tarea emprendida hace varios años, al respecto Norberto Bobbio citado por Carlos Fernández Sessarego manifiesta que es vana por imposible la pretensión de encontrar un racional fundamento absoluto de tales derechos, la variabilidad que denota el elenco de los derechos humanos a través de la historia y el mismo autor una solución para este problema e indica que no consiste en la búsqueda de un fundamento absoluto sino de definir caso por caso los varios fundamentos posibles. (Fernández Sessarego 2003, 40)

constitucionalismo social, posteriormente gracias a una especial coyuntura histórica surgió el neo constitucionalismo el cual representó un importante avance, así como el reconocimiento de un Estado Constitucional de Derecho y una serie de rasgos como son:

- a) Es antropocéntrico; pues es personalista y tiene a la dignidad humana como premisa , se concibe al Estado como instrumento de promoción del individuo. Por eso nuestra Constitución en su artículo primero proclama a la persona como su fin y a su dignidad como valor y su principio rector, concibiendo al Estado al servicio del ser humano y teniendo como deber especial la protección y garantía de sus derechos fundamentales.
- b) Se produjo la positivización de un listado o catálogo de derechos fundamentales a nivel constitucional; reconociendo expresamente los derechos esenciales a los hombres, incorporando a nivel constitucional las normas que contenían derechos fundamentales.
- c) Estado Constitucionales eminentemente democrático; otorgándole la mayor importancia al poder constituyente del pueblo, reconociendo que son los propios seres humanos a quienes compete determinar la existencia del Estado, así como el contenido de la Constitución y su desarrollo, adquiriendo una relevancia especial la participación de la ciudadanía, que se plasma con la existencia de mecanismos de acceso a las decisiones, así como el control y la fiscalización de los asuntos públicos y jurídicos. Debiendo especialmente las decisiones judiciales estar legitimadas democráticamente, es decir deberá

exponer adecuadamente los argumentos razonables para que una decisión sea aceptable. (Sosa 27, 2011)

- d) La Constitucionalización del Ordenamiento; la presencia de las normas constitucionales en la vida social, ostentando una Constitución que condiciona a la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.
- e) La fuerza normativa de la Constitución, la Constitución es ahora norma *normarum* es decir fuente del derecho y es aplicable directamente por los jueces, quienes deberán respetarla y preferirla por sobre cualquier otra norma estatal.
- f) Pluralismo valorativo; esto se evidencia como resultado de la acumulación histórica de valores, ostentando un complejo sistema de valores.
- g) Judicialización del derecho; el legislador pierde peso y la ley queda desplazado como fuente principal, los jueces son quienes ahora se encargan de concretar las disposiciones constitucionales, de controlar la constitucionalidad de las leyes y de tutelar los derechos fundamentales, adquiriendo el juez mayor protagonismo.
- h) Rasgo cultural de la Constitución: las Constituciones no son solo un compendio de normas son además cartas culturales pues se basan en una cultura constitucional concreta.

- i) Internacionalización de los derechos fundamentales: reconocimiento mundial de los derechos humanos, lo cual conlleva a una positivización internacional de los derechos humanos.

7. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado debe a los derechos constitucionales una especial protección y por lo tanto esta a su servicio, el Estado Constitucional de Derecho pretende diseñar un modelo de convivencia política donde el Estado y su derecho actúen sometidos a un orden superior, la Constitución y por lo tanto a los derechos constitucionales, los cuales actúan también como directrices de la actuación del Estado en todas sus actuaciones. (Prieto Sanchis 2002, 29)

Toda actuación estatal tiene dos tipos de vinculación con los derechos constitucionales: positiva y negativa, por la primera se entiende a que el poder político no debe vulnerar los derechos constitucionales y la segunda supone la realización de actos positivos de promoción y garantía de los derechos de los derechos para hacer realidad su vigencia efectiva. (Castillo Córdova, Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general 2007, 110) La actuación del Estado en cualquiera de sus manifestaciones ya no sólo estaría justificada en tanto no vulnere los derechos constitucionales, sino que también deberá buscar optimizar la vigencia de los mismos.

Las principales condiciones del Estado Constitucional de derecho, tal y como lo señala Guastini, citado por Raúl Chanamé Orbe y otros, son:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- c) La fuerza vinculante de la Constitución.
- d) La “sobre interpretación” de la Constitución, que implica que se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos.
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales.
- f) La interpretación adecuadora de las leyes. (Chanamé Orbe 2009, 411)

8. ROL DE LOS JUECES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

En el estado Constitucional de Derecho, los jueces son los principales responsables de efectivizar y hacer respetar los principios constitucionales frente a otras fuentes del derecho, y esta labor se hace efectiva al momento de interpretar y argumentar, atendiendo además las peculiaridades del caso concreto, pero concordando esto con la necesidad de contar con criterios de interpretación constitucional que doten de predictibilidad a los procesos de interpretación y argumentación jurídica, como una de las principales garantías de los justiciables. Los jueces y especialmente los miembros del Tribunal Constitucional deberán dotar de certeza y seguridad a la labor de la interpretación constitucional.

9. LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESDE SU JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional es un órgano autónomo e independiente, es el supremo intérprete de la Constitución¹¹ tiene a su cargo garantizar la primacía de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

El fallo en las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional vincula erga omnes cuando se trata de demandas de constitucionalidad o vinculación inter partes en el resto de los procesos constitucionales. Cabe precisar que el ordenamiento jurídico peruano ha establecido que el Tribunal Constitucional está facultado para interpretar la Constitución en sus sentencias, el Tribunal Constitucional aparece como el principal expositor del sentido de la Constitución, siendo su interpretación vinculante para los demás interpretes, encargándose no solamente de interpretar la Carta Fundamental, sino también de comprender el contenido de cualquier norma legal e infralegal, las cuales deba aplicar o analizar su contenido a la luz de la Constitución.

¹¹ “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. Sin embargo con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó si ocupa un lugar privilegiado. Solo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204 de la Constitución y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional. De ahí que en el ámbito de sus competencias, El Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los poderes del Estado y los demás órganos constitucionales” STC Exp. N° 00047-2004- AI7TC, fjs 33

Es por esta razón que el Tribunal Constitucional debe procurar que en su labor de interpretación y argumentación utilice los criterios jurídicos razonables y aceptables que hagan sus decisiones no solo lógicas sino también predecibles, la utilización de criterios que otorguen seguridad, previsibilidad y racionalidad a sus pronunciamientos

Tal y como señala Castillo Córdova “si la Constitución del Estado Constitucional contiene una serie de normas que son abiertas y que necesitan de una interpretación que las concrete y determine a fin de hacerlas efectivas y si el Tribunal Constitucional como órgano de control de la constitucionalidad, es el máximo intérprete de la Constitución, entonces sus sentencias en las que contienen interpretaciones y determinaciones de las normas constitucionales, deberán vincular de modo efectivo.” (Castillo Córdova, El Tribunal Constitucional y su labor jurisprudencial 2008, 146)

El margen interpretativo del Tribunal Constitucional, por así decirlo puede concebirse como mayor al de todos los demás jueces, por lo que según Sosa Sacio (Sosa 2011, 41), posición que compartimos, el Tribunal cuando menos deberá:

- a. Ofrecer una motivación razonada y suficiente.
- b. Someter su análisis a exámenes o parámetros objetivos de interpretación.
- c. Operar en la medida de lo posible, con teorías claras y coherentes entre sí, sobre los derechos y las instituciones constitucionales.
- d. Seguir, en la medida de lo posible su propia jurisprudencia reiterada y precedentes vinculantes.

- e. Argumentar adecuadamente todo cambio en el sentido interpretativo con la finalidad de disminuir los riesgos de arbitrariedad e incertidumbre respecto de los resultados de la actividad hermenéutica.

El problema se suscita cuando el Tribunal Constitucional no utiliza un único criterio de interpretación constitucional, lo cual no sería reprochable, si estos no generaran inconsistencias e incoherencias dentro de la labor de la argumentación jurídica; sin embargo, conforme lo hemos expuestos, al aplicar indistintamente dos criterios opuestos entre sí como son el principio de ponderación y el principio de la unidad de la Constitución, se está generando inseguridad jurídica.

CAPÍTULO III
POSICIÓN CONFLICTIVISTA DE LOS DERECHOS
CONSTITUCIONALES

1. POSICIÓN CONFLICTIVISTA

A manera de introducción, debemos precisar que el conflicto es un fenómeno natural en toda sociedad, es decir, se trata de un hecho social consustancial a la vida en sociedad. Así mismo, las disputas son una constante histórica, puesto que han comparecido en todas las épocas y sociedades a lo largo de los tiempos. Incluso, el cambio social que determina toda la dinámica de la vida de los seres humanos es una consecuencia que debe ser imputada de modo mayoritario, aun cuando no de manera absoluta, al conflicto. Por todo lo dicho, tampoco puede afirmarse que las contiendas sean algo anómalo, ya que constituyen una expresión normal de la vida en sociedad; pero, en otro plano, ni siquiera puede predicarse de manera generalizada que se trata de algo malo o negativo para la sociedad o las personas. Aun cuando los dos últimos son juicios de valor, que se emiten dentro del contexto de la filosofía, no de la sociología, igual habría que ver de qué clase de conflicto se trata y si las motivaciones que impulsan a las partes en la confrontación son justas o no, se hayan justificadas o no. Probablemente, además, la calificación como inmoral o reprobable, dada al conflicto o a las acciones desplegadas por uno de los actores dentro de éste dependerá, en muchos casos, del cristal con que se mire, o sea, de la posición desde la cual es observado y ponderado el conflicto. (Silva 2008, 29)

Tal y como lo ha precisado Juan Cianciardo, los presupuestos teóricos fundamentales de la visión moderna de los derechos humanos, causante de la visión conflictivista, se puede resumir en:

1. En la modernidad surgió un nuevo modo de acercarse a la realidad, al hombre y al Derecho, que derivaría en el plano jurídico en el conflictivismo.
2. La epistemología moderna se caracteriza por: a) el cientificismo, o exigencia de exactitud que provocaría el rechazo de todo conocimiento que no fuera verificable empíricamente; b) la primacía del método fisicomatemático sobre los restantes métodos, y sobre el objeto de conocimiento; c) la ruptura entre el mundo de la naturaleza y el de los fines; d) la desaparición de la razón práctica tal como era entendida por los antiguos.
3. El hombre moderno se autoconcibe esencialmente como autónomo. Sus relaciones con el pasado y el futuro son débiles, pues acentúa fuertemente el instante actual. En lo político predomina el contractualismo como explicación de la génesis y el funcionamiento de la sociedad, y en lo económico, el mercado como fuente necesaria del progreso.
4. La modernidad dio lugar, sucesivamente, a la Escuela Moderna del Derecho Natural y al positivismo jurídico. El fin de la Segunda Guerra Mundial marcó el comienzo de la crisis del positivismo.
5. Algunos autores positivistas pretendieron solventar la crisis receptando el discurso de los derechos humanos sin renunciar a una epistemología de corte moderno.
6. Los derechos humanos vendrían a ser, desde la perspectiva del positivismo conceptual, concreciones positivas de un abstracto e ilimitado derecho general

de libertad, y carecerían de existencia jurídica hasta que el Estado los incorporara a un texto normativo. El criterio diferenciador entre un derecho y otro sería exclusivamente formal: se es titular de un derecho en la medida en que su ejercicio no afecte los derechos de otra persona.

7. Este concepto de derechos humanos, con este sustrato teórico, conduce inevitablemente al conflictivismo. Si los derechos son facultades ilimitadas, desvinculadas de todo fundamento ontológico, resulta inevitable que choquen entre sí. Lo mismo ocurrirá si se los identifica con las normas. La vida jurídica quedará reducida a conflictos de derechos.

Según la posición conflictivista, al momento de pretender ejercer los derechos fundamentales, estos son susceptibles de entrar en conflicto entre sí, siendo la solución a esta contradicción preferir un derecho sobre el otro, proponiendo para la determinación de la primacía de determinado derecho, dos criterios: la ponderación de derechos y la jerarquización de derechos.

Como podemos apreciar la postura asumida por la posición conflictivista, supone aceptar que “entre los derechos fundamentales existe o se puede determinar una relación de supremacía de uno sobre otro”, pudiendo desentrañar en un caso concreto una prelación entre derechos fundamentales dependiendo de su “peso”, tal como lo pretende la ponderación.

Tal y como lo ha manifestado Castillo Córdova, una de los problemas que encontramos cuando asumimos la posición conflictivista, es el hecho que ésta lleva implícito un

ilógico colorarlo: “que los dos derechos alegados existen en el caso concreto, pero uno de ellos, del cual una de las partes es titular y lo ejerce, lo ha ejercitado o lo ejercerá legítimamente, pero aun así deberá *sacrificarse* en aras de un contrincante superior en abstracto y *a priori* -tal es el caso de la jerarquización-, o superior en concreto -como ocurre con la ponderación- que será pues, el derecho realmente eficaz”. Nosotros consideramos que, en caso de concurrencia de derechos fundamentales, no se trata de determinar por medio de la jerarquización o ponderación, cuál de los derechos pesa más, si no de determinar cuál de los derechos se configura en cada caso, pues lo que no es posible es que puedan existir ambos derechos al mismo tiempo y bajo el mismo punto de vista avalando pretensiones contradictorias.

Es así que se puede concluir que la posición conflictivista no resuelve satisfactoriamente los aparentes conflictos iusfundamentales; problema que no puede ser resuelto racionalmente echando mano únicamente de la ley positiva sino que será necesario hacer uso de una visión teleológica.

2. CRÍTICA A LA POSICIÓN CONFLICTIVISTA

2.1. FALTA DE COHERENCIA INTERNA

El Estado se responsabiliza en otorgar todas las condiciones que sean imprescindibles para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales dentro de nuestro territorio nacional; lo cual implica adecuar toda ley a lo reconocido en nuestra Constitución y a los derechos fundamentales por esta reconocidos.

Como lo hemos precisado, los conflictos sociales, se presentan con cierta normalidad, dada las pretensiones que los seres humanos perseguimos, los cuales suelen entrar en colisión entre sí, sin embargo cuando entramos en la rama del Derecho, dado que los derechos fundamentales, importan una realidad ideológica y filosófica, estos no pueden entrar en conflicto, dada la necesidad de una interpretación sistemática y única de la Constitución, por la cual buscamos hacer compatible internamente su contenido a fin de hacer de toda ella una norma efectiva y que cuente, a la vez, de vigencia plena.

Pues, al hacer prevalecer ciertos derechos fundamentales sobre otros que también son fundamentales, traerá como resultado que la norma constitucional que reconozca a éstos últimos vendrá anulada por la que reconozca a aquellos, de modo que algunas disposiciones de la Constitución quedarían anuladas por las otras, al menos en los casos concretos.

2.2. LA VULNERACIÓN AL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS

El conflictivismo implica necesariamente, referirnos a los límites de los derechos fundamentales y por consiguiente a su contenido esencial. En primer lugar, la imposición de límites, que las leyes establecen al ejercicio de los derechos y libertades, operan como “fronteras necesarias para el caso de que se abuse de la libertad otorgada.” Se advierte que tal postura se orienta a proteger los derechos fundamentales mediante la resolución de trazar restricciones a los mismos, dicha

protección está orientada a su contenido esencial. La otra viene dada en el sentido de considerar que no se trata del derecho y sus restricciones, sólo existe un derecho con un determinado contenido esencial, que se debe respetar, por lo tanto, el problema no está en función del derecho y de si éste debe ser limitado o no, está en función de su contenido esencial. Al poner el acento en el contenido del derecho, el punto determinante de la cuestión se desplaza hacia los “límites necesarios de los derechos”, que son aquellos, derivados del sentido y contenido mismo del derecho fundamental. (López, 2), la postura conflictivista, al preferir un derecho sobre otro, transgrede el contenido esencial del derecho sacrificado.

3. CONFLICTO DE INTERESES Y PRETENSIONES

Cabe destacar el hecho de que no toda aspiración es un derecho, pues si el derecho tiene algo que ver con la coordinación y con la coexistencia entre las personas, parece claro que debe distinguirse con nitidez entre pretensiones subjetivas y derechos. Una pretensión sólo se transforma en derecho cuando cumple ciertas condiciones, entre las cuales deben considerarse aquí al menos dos, según Castillo Córdova (Córdova 2000, 97), en primer lugar, la posibilidad de su universalización, pues de lo contrario se daría la paradójica situación de que a ciertos individuos se les exigiría respetar y acatar como derecho ajeno algo de lo cual ellos mismos no gozarían bajo idénticas condiciones y circunstancias.

La segunda condición es que sea posible armonizar las pretensiones subjetivas candidatas a convertirse en derechos con otras pretensiones igualmente dignas de respeto

y protección, es decir, igualmente merecedoras de convertirse en derechos. Hecha ésta distinción podemos concluir que el conflicto no puede darse entre derechos fundamentales, puesto que ellos son una unidad, lo que está en contraposición son los intereses de las partes, de esta forma el Tribunal Constitucional, asumiendo la Posición Conflictivista, se equivoca al suponer una contraposición entre derechos constitucionales.

CAPITULO IV

EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y CONCORDANCIA

PRÁCTICA COMO CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

CONSTITUCIONAL

1. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

Existen dos criterios de interpretación constitucional, que guardan especial relación de correspondencia, nos referimos al principio de Unidad de la Constitución y el principio de Concordancia Práctica, al respecto el Tribunal Constitucional, ha referido en la STC N° 5854-2005-AA, con relación al principio de unidad de la Constitución:

“...la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”

y con relación al principio de concordancia práctica, ha precisado:

“...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, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución)”.

Como podemos apreciar de la lectura anterior, ambos principios están orientados a una interpretación armoniosa de los derechos constitucionales, sin menospreciar o dejar de lado ninguno de los derechos en aparente conflicto, postura adoptada en el presente trabajo de investigación.

La Constitución deberá comprenderse como un todo orgánico, un ente único compuesto por principios y derechos que se expanden sobre el resto del ordenamiento jurídico, lo cual a su vez motiva que la interpretación tenga que orientarse en todas las circunstancias a mantener la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico, en ese mismo sentido el Tribunal Constitucional precisa que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”¹².

Así, “una norma jurídica solo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistemáticamente por otras. Ello debido a que el orden es la consecuencia de una previa construcción teórico-instrumental”¹³.

Por otro lado, respecto al principio de concordancia práctica este no es más que la consecuencia de concebir al ordenamiento jurídico, incluida la Carta Magna, como una unidad, lo cual implica que todo dispositivo debe encontrarse en concordancia con los demás que componen a dicho orden, lo cual implica a su vez una serie de presupuestos como entender al Ordenamiento Jurídico como una sistema, cuyas partes están interrelacionadas entre sí, rigiéndose por principios comunes, con la utilización de este principio como criterio de interpretación lo se espera es ‘optimizar’ la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse un supuesto conflicto en los casos

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05854-2005-AA, Fundamento Jurídico N° 12.a.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00005-2003-AI, Fundamento Jurídico N° 3.

concretos, conflictos que en realidad no son tal, pues debemos recordar que ellos se resuelven con la correcta atribución de significado a los dispositivos normativos, y sin 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, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)”¹⁴.

El encargado de guiar éste proceso de interpretación constitucional es el Tribunal Constitucional, quien tiene la tarea de establecer determinados parámetros sobre el entendimiento de dichos enunciados, así como unificar criterios de interpretación constitucional, de tal forma que se cuente con un sistema uniforme y coherente de interpretación.

2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y CONCORDANCIA PRÁCTICA COMO FAVORECEDORES DE UNA INTERPRETACIÓN ARMONIOSA

La propuesta realizada en el presente trabajo, parte de considerar que los derechos no están en pugna sino que son derechos armonizados, para ello, el problema se aborda desde el punto de vista de la unidad de los derechos, el conflicto –si es que existe- se

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05854-2005-AA, Fundamento Jurídico N° 12.b.

desplaza a las pretensiones, a los intereses individuales de cada una de las partes, conforme ya lo hemos precisado. Los derechos son armónicos, los intereses de las personas no, la pretensión exige, precisamente, que el interés del otro se subordine al propio. En ese sentido, nos preguntamos ¿Cómo realizar una interpretación constitucional que conduzca a armonizar los derechos constitucionales? creemos que la respuesta viene dada en el sentido de realizar una interpretación que tenga como punto de partida la unidad y armonía de los derechos y el acomodamiento, (ajustamiento) del derecho a los intereses controvertidos, a las pretensiones (López, 4), en ese sentido el criterio de interpretación más acorde a una visión armoniosa de los derechos fundamentales es el principio de Unidad de la Constitución.

No debemos olvidar que la Constitución debe ser concebida como un todo armonioso, como una unidad sistemática y por consiguiente las normas constitucionales deberán interpretarse de modo compatible entre sí, sin sacrificar un derecho sobre otro, como lo pretende la teoría conflictivista.

Por lo tanto, la pauta para la interpretación de los derechos fundamentales debe ser la unidad armónica del derecho, para ello se debe superar la interpretación lingüística literal de la norma fundamental y orientarla al fundamento, hacer una interpretación teleológica y sistemática, para determinar el contenido esencial del derecho. Ese contenido esencial del derecho va a permitir encontrar los puntos de compatibilidad de los derechos, en la que se debe respetar el núcleo esencial de cada uno de ellos, de tal forma, que sea posible la solución sin que se sacrifique ningún derecho. Por lo tanto, armonizar los derechos es pensarlos desde su contenido constitucionalmente protegido,

es mirar hacia los límites internos de los derechos en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, la finalidad, su ejercicio, perfiles y esferas de funcionamiento razonable.

3. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y CONCORDANCIA PRÁCTICA EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La resolución de conflictos entre derechos fundamentales no resulta sencilla, porque en ocasiones se plantea como una aparente colisión entre derechos fundamentales, lo cual conforme lo hemos expuesto no es así, por lo cual, al analizar el caso concreto, es aconsejable optar por la armonización y el ajustamiento de los mismos, a fin de que no resulte ninguno de los derechos anulados, o degradados y la mejor forma para hacerlo es mediante la aplicación de la unidad de la Constitución y concordancia práctica, como criterios de interpretación constitucional; al respecto, el mismo Tribunal Constitucional, en numerosas sentencias¹⁵, ha dejado sentado el reconocimiento y respeto por dichos criterios.

Es así, que en el fundamento cuarto de la STC N° 1091-2002-HC, el fundamento quinto del STC 0008-2003-AI y fundamento tercero del STC 0045-2004-HC, el Tribunal Constitucional preciso, con relación al principio de unidad de la constitución, que:

¹⁵ STC N° 3741-2004-AA, fundamento ocho. STC N° 14-2009-PI, fundamento quinto del voto singular. STC N° 14-2009-PI, fundamento veinticuatro. STC N° 4747-2007-HC, fundamento quinto. STC N° 174-2006-PHC, Fundamento 17 y 22. STC N° 8817-2005-PHC, Fundamentos 17 y 22. STC N° 3908-2007-PA, Fundamento noveno. STC N° 6316-2008-PA, Fundamento 29 y 70. STC N° 607-2009-AA, Fundamento trece. STC N° 14-2002-PI, Fundamento 99.

“...la comprensión del contenido garantizado de los derechos, esto es, su interpretación, debe realizarse conforme a los alcances del principio de unidad de la Constitución, pues, de suyo, ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si se encontraran aislados del resto de preceptos constitucionales...”

y,

“...no se puede perder de vista que el ejercicio de un derecho no puede hacerse en oposición o contravención de los derechos de los demás, sino de manera que compatibilicen, a fin de permitir una convivencia armónica y en paz social”

Precisando además:

“La interpretación institucional permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el prius ético y lógico del Estado social y democrático de derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.”

Por otro lado, con relación al principio de concordancia práctica, el Tribunal Constitucional, señala en el fundamento número diez de la STC N° 001-2003-AI:

“El artículo 103° de la Constitución, proscribela posibilidad de que se expidan leyes especiales “por razón de la diferencia de las personas”. El principio interpretativo constitucional de “concordancia práctica” exige analizar esta disposición a la luz del inciso 2) del artículo 2° de la propia Carta Fundamental, que establece el derecho a la igualdad ante la ley.”

En el fundamento sexto de la STC 1013-2003-HC, se estableció:

“el principio de concordancia práctica, exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes. Entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, etc.”

Y en el sexto fundamento de la STC N° 1219-2003-HD, señala:

“Todos los derechos constitucionales tienen formalmente la misma jerarquía, de modo que en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.”

Sin embargo, conforme lo hemos venido exponiendo en el presente trabajo, el problema que atravesamos, no es solo el hecho que el Tribunal Constitucional opte por acoger en algunas de sus sentencias, a la Teoría Conflictivista, sino que, además, no lo hace de una forma unívoca, así en algunas sentencias, como lo acabamos de precisar, reconoce los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica y por otro lado, de forma contradictoria, reconoce la Teoría Conflictivista y consecuentemente la ponderación, como lo podemos apreciar en el fundamento once de la STC N° 1797-2002-HD, donde el Tribunal precisa que “respecto de las libertades de información y expresión, cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición del derecho de acceso a la información no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición.

Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida. Evidentemente ello no es así. Todos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales. De ahí que ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”; pudiendo corroborar con esta exposición, las contradicciones en las que incurre el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional refiere que la jerarquización abstracta, es un criterio de interpretación constitucional que contradice abiertamente el principio de unidad de la Constitución, sin embargo señala que esto no ocurre con la ponderación, la cual armonizaría perfectamente con ése principio. Posición que no es aceptada en el presente trabajo de investigación, y muy por el contrario contamos con argumentos válidos que demuestran que la ponderación en ninguna medida puede armonizar con la concepción de la Constitución como una unidad, así tenemos:

- a) La idea de ponderar derechos implica otorgarles un peso a cada uno de ellos y escoger en el caso concreto cual pesa más, esto supone a la vez que según esta postura, los derechos constitucionales se encuentran en conflicto y por lo tanto corresponde que el derecho “ganador” prevalezca en el caso concreto, mientras que el derecho “perdedor” pierda su vigencia normativa.
- b) La Unidad de la Constitución por el contrario, niega cualquier conflicto entre derechos constitucional, entendiendo que los derechos son armónicos, cuyo contenido esencial no puede cruzar los límites internos de otro. Siendo las pretensiones las que eventualmente pueden entrar en contradicción, mas no los derechos.

CAPÍTULO V
EL PRINCIPIO DE PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. LA JERARQUÍA Y LA PONDERACIÓN COMO MEDIOS DE SOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Los principales mecanismos de solución, que utilizan, los que se adhieren a la posición conflictivista de los derechos humanos, son la ponderación y la jerarquización de derechos, mediante los cuales, la solución se reduce a preferir un derecho sobre otro, es decir poner a uno de los derechos en conflicto en detrimento de otro, el problema con el que nos encontramos es que en estos casos, la solución, dependerá del baremo que se emplee para determinar el grado de importancia de cada uno de los derechos involucrados en un caso concreto, el cual dependerá de cuestiones subjetivas e ideológicas.

2. EL JUICIO DE PONDERACIÓN

Según Robert Alexy (Alexy 2009, 8), los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí, cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tiene una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular; cuando nos encontramos ante esta situación, Alexy aplica el llamado “juicio de ponderación”, el cual consiste en la aplicación de un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad, éste se compone de tres partes: los

subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven, es decir no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto¹⁶: “una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra”.

En un ejemplo, El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio P_a , no fuera idóneo para esto más sí perjudicara la realización de P_b ; entonces de omitirse M no se originarían costos para P_a ni para P_b , aunque sí los habría para P_b de emplearse M. Pueden P_a y P_b ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados *conjuntamente*, P_a y P_b prohíben el uso de M. Aquí se manifiesta la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra. (Alexy, 2009)

El principio de necesidad, requiere elegir, de entre dos medios que promueven de prácticamente igual manera los derechos en aparente en conflicto, el que intervenga menos intensamente en ellos. Si existiera un medio que interviene menos intensamente

¹⁶ Solución de eficiencia económica realizada cuando en cierta situación “Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra”, denominada así en honor del economista italiano Wilfredo Pareto, el primero en desarrollar esta idea.

y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra.

Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven P_a de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en P_b . Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio P_c afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en P_b . En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación.

(Alexy, 2009)

La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala trídica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso

concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”. A él debe seguir en un segundo paso conocido como la determinación del “peso abstracto” el cual se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominante en la sociedad. El tercer paso se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto, la existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio.

Para explicar mejor la Ley de Ponderación es necesario referirnos a la fórmula del peso planteada por Robert Alexy, en un ejemplo precisado por Bernal Pulido en su artículo denominado “Estructura y Límites de la Ponderación” (Pulido, 2003)

Esta fórmula tiene la siguiente estructura

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas

relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2^0 , o sea 1; medio 2^1 , o sea 2; e intenso 2^2 , es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro 2^0 , o sea, 1; plausible 2^{-1} , o sea $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$. De este modo, por ejemplo, cuando los padres de una niña, que profesan el culto evangélico, y en razón del respeto a los mandamientos de esta doctrina religiosa, se niegan a llevarla al hospital, a pesar de que corre peligro de muerte; el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera:

Bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa ($IPiC = 4$), al igual que su peso abstracto (¡se trata de la vida!) ($GPiA = 4$) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) ($SPiC = 1$). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media ($WPjC = 2$), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) ($GPjA = 2$) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) ($SPjC = 1$). En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:

$$G_{P_i,j,C} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

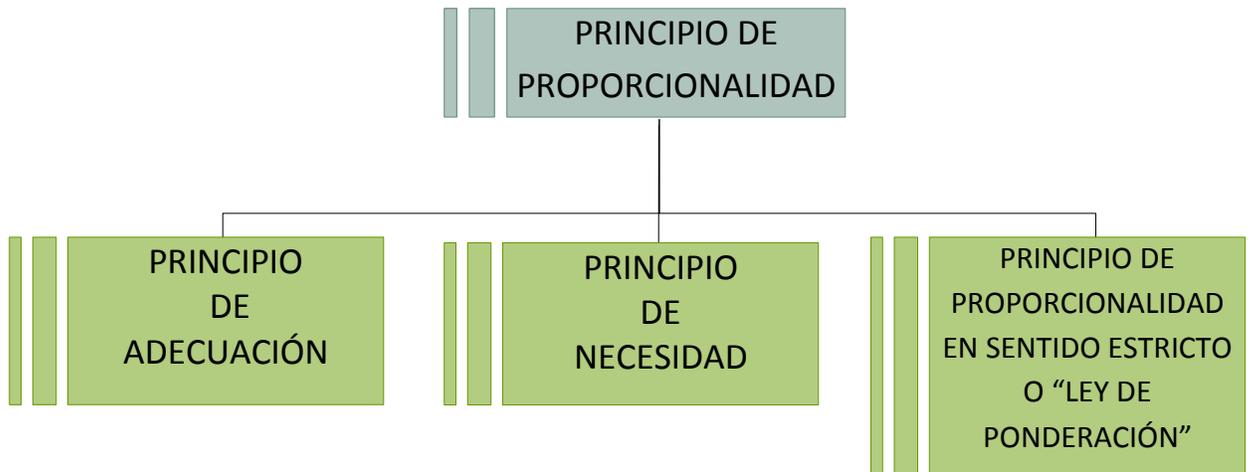
De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

$$G_{P_j,i,C} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Así llegaría entonces a establecerse que la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres –satisfechos sólo en 0.25– no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña –afectados en 4–. Estos últimos derechos tendrían que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debería establecerse que está ordenado por los derechos fundamentales que los padres ingresen a la niña al hospital.

Finalmente, a fin de evitar confusiones en la utilización de las distintas denominaciones a las que alude el Juicio de Ponderación, podemos resumir el uso de cada una de estas, en el siguiente cuadro:

TEST O JUICIO DE PONDERACIÓN



3. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL JUICIO DE PONDERACIÓN EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tal como lo hemos precisado anteriormente, el principio de proporcionalidad, guarda directamente relación con la ley de ponderación, el cual consiste en establecer una relación de proporcionalidad entre los derechos fundamentales aparentemente en conflicto, en ese sentido Javier Barnes citado por Burga Coronel precisa que “aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte” (Burga 2011, 255)

Por el Principio de proporcionalidad o también llamado juicio de ponderación, se debe evaluar la colisión entre principios fundamentales utilizando los subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La idoneidad del medio es un examen el cual consiste en “la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.”¹⁷

De acuerdo a este subprincipio, se pretende hacer un análisis entre los dos derechos fundamentales en aparente conflicto, para determinar si la medida de intervención es idónea para la consecución del fin.

Burga Coronel, cita dos sentencias donde se puede apreciar la aplicación en concreto de este subprincipio:

- En la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 007-2006-PI/TC, de fecha 22 de junio del 2007, “aquí el Tribunal realizó dos análisis de proporcionalidad. En el primero de ellos se trató de establecer la constitucionalidad de las Ordenanzas N°s 212-2005 y 214-2005 cuyo objeto era que se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos. En este caso, el Tribunal hizo la siguiente ponderación: garantizar la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento, versus garantizar la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción a través de la limitación del horario máximo de apertura de estos; siendo el resultado de dicha ponderación negativo, estableciendo, en el análisis de idoneidad del medio, que la restricción de horarios en la atención de los establecimientos ubicados en la zona objeto de la medida, no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se

¹⁷ STC EXP N° 003-2005-PI/TC, de fecha 09 de agosto de 2006.

propone la municipalidad, es decir el reguardo de la tranquilidad y seguridad de los vecinos.”¹⁸ (Burga 2011, 259)

- Caso sobre la legislación contra el terrorismo. STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC. “En esta sentencia, el Tribunal estableció que la cadena perpetua resultaba una medida desproporcionada por inadecuada con relación a los fines constitucionales de la pena, que no puede sino orientarse hacia la resocialización del condenado y no a su “cosificación” en el que este termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sin posibilidades de ser objeto de medidas de su resocialización”¹⁹. (Burga 2011, 259)

Tal como lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0045-2004-AI/TC, por el principio de necesidad ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio* esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios *idóneos*. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

¹⁸ STC EXP. N° 007-2006-PI/TC, de fecha 22 de junio de 2007.

¹⁹ STC EXP. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y la determinación de, si tales medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, *o* si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que no interviene en la prohibición de discriminación *o* que interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional²⁰.

Burga Coronel, cita dos sentencias donde se puede apreciar la aplicación en concreto de este subprincipio:

- Caso Trabajadores del Perú (CGTP) - STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC

Se trata de un proceso de amparo presentado por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra un decreto del alcalde de Lima Metropolitana que prohibía manifestaciones públicas en el Centro Histórico de Lima. El Tribunal consideró que existía un conflicto entre la exigencia de protección del patrimonio histórico, como parte del contenido constitucionalmente protegido de las libertades culturales, y el derecho de manifestación y reunión; estableciendo que, en el caso, la medida de restricción de las manifestaciones en el centro histórico: “(...) si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el centro histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las

²⁰ STC EXP. N° N° 0045-2004-AI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005.

reuniones en el área que lo configura); sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa”²¹. (Burga 2011, 260)

- Caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina - STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC

El Tribunal consideró necesario aplicar el test de proporcionalidad por considerar la existencia de un conflicto entre libertad de información y el derecho a la vida privada; estableciendo que para “(...) determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación”. Ante la exhibición explícita de imágenes en el reportaje, el Tribunal concluyó que se trataba de una medida innecesaria, puesto que para denunciar un caso de prostitución clandestina, “bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado Democrático y Social de Derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina)”²² (Burga 2011, 260)

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, mejor conocido como el principio de ponderación según el Tribunal Constitucional Peruano, en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en la igualdad*. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación*: Conforme a ésta: “Cuanto mayor es el grado

²¹ STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC, de fecha 07 de diciembre de 2005.

²² STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC, de fecha 17 de octubre de 2005.

de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro.

En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la “afectación de la igualdad”- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una *colisión* entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado. Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la *ley de ponderación* sería enunciada en los siguientes términos: “Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional”.

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional²³.

²³ STC EXP. N° 045-2004-AI/TC, de fecha 29 de octubre del 2005

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, para llegar a las decisiones precisadas en sus Sentencias, ha utilizado el concepto de “peso de los derechos constitucionales”, así tenemos:

En el Exp N° 0012-2010-PI/TC; se precisa: *“En tal sentido, mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón.”*

En el Exp N° 15-2013-PI/TC, se precisa *“De este modo, la aplicación de la fórmula del peso al derecho al libre desarrollo de la personalidad arroja un resultado distinto, dependiendo de si es represivo o preventivo. En cualquiera de los supuestos, se concluye que la satisfacción del deber de servicio militar obligatorio justifica la restricción del principio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por tener aquél un mayor grado de satisfacción que el segundo, lo que hace que presentadas tales circunstancias específicas prevalezca tal deber sobre el derecho invocado.”*

En el Exp N° 0680-2007-PA/TC, se precisa *“Por último constituye una medida que supera el principio de ponderación. Bajo éste se examina la intervención a la luz de la denominada ley de la ponderación. Según esta ley, cuanto mayor es la intensidad de la intervención en un derecho, tanto mayor ha de ser el peso de la razón que justifica la intervención. Proyectada esta ley al problema analizado, dicha ley habría de ser expresada en los siguientes términos: cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho de propiedad de la recurrente, tanto mayor ha de ser el peso de la protección del derecho a la salud de la colectividad.”*

En el Exp N° 579-2008-AA/TC, en donde se precisa el Análisis de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. *“El tercer paso del test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse aquí siguiendo la ley de la ponderación conforme a la cual, “Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley a favor de la industria azucarera”.*

Posición que ha sido recogida en numerosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como son los Expedientes N.º 00037-2012-PA/TC, Expediente N.º 0035-2010-PI/TC, Expediente N.º 00032-2010-PI/TC, Expediente N.º 0023-2005-PI/TC; Expediente N.º 1209-2006-PA/TC, Expediente N.º 00015-2010-PI/TC, Expedientes N.º 00245-2006-AA, Expediente N.º 00033-2007-PI/TC, Expediente N.º 00026-2008-PI/TC , acumulado al 0028-2008-PI/TC, EXP. N.º 0024-2010-PI/TC, Expediente N.º 00733-2010-PHC/TC y Expediente N.º 03909-2009-PHC/TC, entre otros.

4. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal Constitucional al respecto, ha afirmado que “la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad, puesto que al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200º de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.”²⁴ A su vez, en el Fund. Jur. N.º 109 de la STC N.º 0050-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional entiende que de acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo

²⁴ STC EXP. N.º 2235-2004-AA/TC, de fecha 18 de febrero de 2005.

menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.²⁵

Como podemos apreciar, nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado el principio de ponderación y proporcionalidad como criterio de interpretación constitucional, consecuentemente podemos deducir que asume una posición conflictivista, reconociendo la existencia de conflictos entre derechos fundamentales.

En el siguiente cuadro podemos observar que se entiende y en que momento se aplica el principio de ponderación, según el Tribunal Constitucional Peruano, análisis realizado en el Expediente N° 06089-2006-PA/T²⁶C:

²⁵ STC EXP. N° 50-2004-AI/TC, de fecha 03 de junio del 2005.

²⁶ STC EXP. N° 06089-2006-PA/TC, de fecha 17 de abril de 2007.

Principios	Primer Paso	Verificación de la diferencia normativa	Analizar si el hecho acusado de discriminación es igual o diferente del supuesto de hecho que sirve de término de comparación (<i>tertium comparationis</i>).	
	Segundo Paso	Intensidad de la intervención en la igualdad, que puede dividirse en distintos grados	Intensidad Grave	Impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental o un derecho constitucional.
			Intensidad Media	Impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
			Intensidad Leve	Impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.
Tercer Paso	Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.			
Subprincipios	Cuarto Paso	Examen de Idoneidad		Evalúa si la medida legislativa es idónea para conseguir el fin pretendido por el Legislador.
	Quinto Paso	Examen de Necesidad		Analizar si existen medios alternativos que no sean gravosos o al menos lo sean en menor intensidad.
	Sexto Paso	Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación		La intromisión debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental.

FUENTE: REVISTA INSTITUTO PACÍFICO

Como se puede apreciar, el test de proporcionalidad, en estricto, es utilizado por nuestro Tribunal Constitucional, como método de resolución de conflictos entre derechos fundamentales, en numerosas sentencias²⁷, sin embargo, tal como lo hemos expuesto a lo largo del presente trabajo de investigación, esto resulta contradictorio con los criterio de Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica, los mismos que también han sido acogidos por nuestro Tribunal, representando un problema latente, para los operadores de justicia, al no contar con un sistema homogéneo de interpretación constitucional.

²⁷ STC N° 19-2005-PI, fundamentos 43 a 50. STC N° 30-2005-PI. STC 08-201-PI, Fundamentos del 26 al 52. STC N° 2132-2008-AA, Fundamento 37 al 40. STC N° 316-2011-PA, Fundamento 19 al 23. STC N° 0090-2004-AA, Fundamento doce. STC N° 815-2007-HC, fundamentos diez y once. STC N° 2716-2011-PA, Fundamentos 4 al 6. STC N° 4243-2011-PA, Fundamentos del 07 al 14. STC N° 37-2012-PA, Fundamento 45 al 63. STC N° 032-2012-AI, Fundamentos 83 al 141. STC N° 2838-2009-HD, Fundamentos 29 al 38.

5. CRÍTICA A LA PONDERACIÓN

Algunos autores como Bernal Pulido, consideran que la ponderación se enfrenta con un problema “su irracionalidad”, argumentando que la ponderación no es más que “un juicio arbitrario y salomónico”. Bernal Pulido considera que dicha irracionalidad se refiere a: la indeterminación conceptual, la incomparabilidad e inconmensurabilidad de los principios que se ponderan y la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación; precisando que por la primera objeción se critica que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, carente de un concepto claro y de una estructura jurídica determinada. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios.

Desde este punto de vista, la ponderación es una estructura vacía, que se completa únicamente con apreciaciones subjetivas del juez, de carácter empírico y normativo. Las apreciaciones subjetivas del juez constituyen la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación no puede ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica. En ese sentido a falta de parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares, jerarquías consuetudinarios y una buena cuota de subjetividad por parte del Juzgador.

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos principios que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables. De acuerdo con la crítica, la inconmensurabilidad aparece en la ponderación porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, que permita determinar el peso que les corresponde en cada caso. En el ámbito de los principios no existe una «unidad de medida», así como tampoco una «moneda común que posibilite» fundamentar las relaciones de precedencia entre los principios que en cada caso entran en colisión.

Según la tercera objeción, la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Esta crítica mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc* que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica (Bernal 2007, 278).

Por lo que entendiendo que la ponderación de derechos fundamentales es irracional, el autor concluye que resulta imposible para el Tribunal Constitucional llevar a cabo ponderaciones objetivas, pretendiendo el Tribunal Constitucional ocupar el lugar de la Constitución, mediante apreciaciones subjetivas, convirtiéndose la ponderación en “un sofisma de distracción para que el Tribunal Constitucional establezca con una legitimidad artificiosa, no lo que la Constitución dice, sino lo que, según la mera ideología de los jueces constitucionales de turno, debería decir” (Bernal 2007, 281)

Una de las críticas más fuertes que recibe el principio de la ponderación se centra en el margen de discrecionalidad que ostenta el Tribunal Constitucional para determinar el peso que deberá atribuírsele a cada derecho fundamental, siendo este ámbito de deliberación del Juez poco delimitado y por lo tanto puede llegar a decisiones incorrectas y arbitrarias, al no poder justificar correctamente magnitud que se atribuye a cada derecho.

En ese sentido, Bernal Pulido, identifica a esta situación como el problema de los “límites racionales de la ley de la ponderación”, señalando que señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación.

Si bien es cierto es posible hacer juicios racionales respecto a los casos fáciles, esto no sucede cuando nos enfrentamos a un caso difícil, cuyas premisas que fundamentan la graduación, y no sólo las fácticas sino también las analíticas y las normativas, suelen ser inciertas, desde esta perspectiva será muy difícil catalogar atinadamente el grado de afectación de los derechos constitucionales en juego, generándose una suerte de duda, que sólo puede ser resuelta por el operador jurídico –el juez sobre todo–, después de adoptar una postura material e ideológica. Asimismo Bien difícil resulta establecer una completa graduación preestablecida de pesos abstractos, que se formule en términos de la escala tríadica.

Así las cosas, este aspecto de la ponderación depararía al juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología política, religiosa, moral, etc., para encaminarse, a “la-sentencia-a-la-que-quiere-llegar”.

Asimismo Bernal Pulido también precisa otro inconveniente respecto a la ponderación es problema de “los límites de racionalidad en las cargas de la argumentación”, la contradicción entre las cargas de argumentación *in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore*, los cuales también constituye un límite a la racionalidad de la ponderación, que depara al intérprete un margen de subjetividad.

En ese extremo, la aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al legislador la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquél en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. Finalmente, es posible que el juez defienda soluciones matizadas que combinen la aplicación de una u otra carga argumentativa o que sea el resultado de una ponderación entre ellas.

Todo esto nos lleva a concluir que “todo lo anterior muestra que la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por si mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de

racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones”. (Bernal, 2003)

CAPÍTULO VI

DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

1. LÍMITES DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

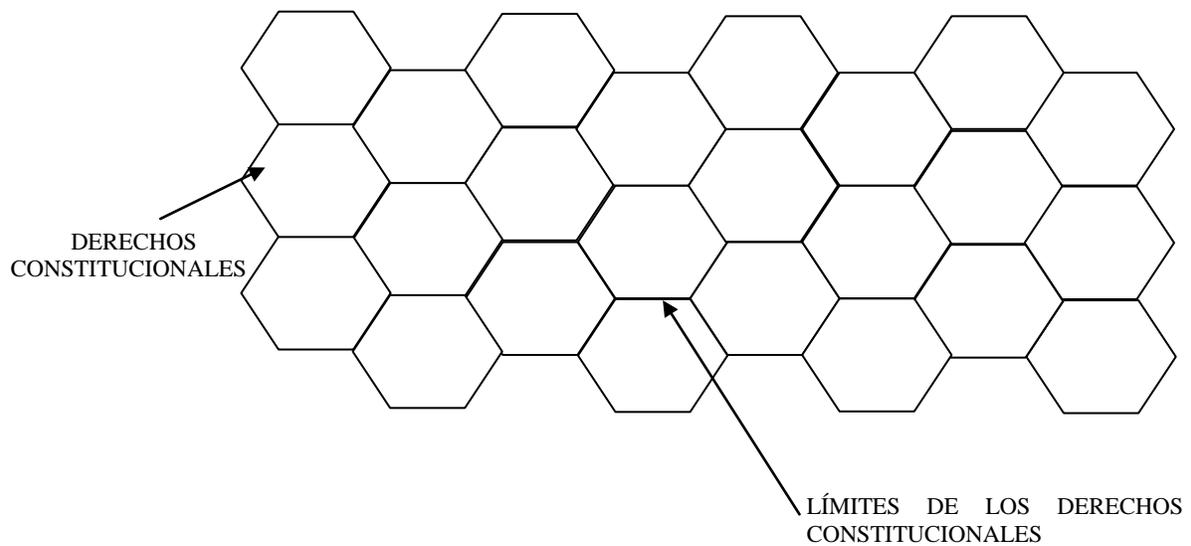
El criterio general que funda los límites jurídicos impuestos a las libertades obedece a que los derechos fundamentales pertenecen a todas las personas, tienen un carácter universal, en ese sentido no son absolutos, en consecuencia las limitaciones no deben entenderse como restricciones inevitables a derechos que de suyo son ilimitados, pues tales derechos no son más que medios para el cumplimiento de los deberes naturales, es decir son, como todos los medios, bienes relativos, cuya bondad o valor dependen precisamente del bien o fin al que sirven. Por ello decir que el derecho a manifestar libremente las opiniones, por ejemplo, está limitado por el deber de veracidad no significa imponer un límite a un derecho absoluto, sino encausar tal derecho hacia el fin al que sirve, de modo que siga siendo lo que es y no se pervierta en un abuso aparentemente justificado. Se emplea la expresión límites de los derechos fundamentales en un sentido general para aludir a toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derecho subjetivo, constituyen el contenido de los citados derechos. (López, 2)

Encontrar los límites de cada derecho, es una forma de identificar su “contenido esencial”. Para alcanzar este objetivo es imperativo recurrir, por un lado, a la naturaleza jurídica del derecho y a su finalidad; considerando en tal sentido también a los bienes humanos que quiere proteger y al fin de todos los derechos (una vida digna) que da por resultado derechos equilibrados. El principal límite a la actuación de los poderes

públicos, es efectivamente el contenido en cada derecho fundamental, aquello que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir.

Conforme a lo expuesto, los límites de los derechos constitucionales, son la pieza clave para realizar un análisis armonioso de los derechos constitucionales, de esta forma consideramos que cuando nos encontremos ante un aparente conflicto entre derechos fundamentales, no es preciso aplicar ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas y de los límites de éstas. No cabe decir entonces que el derecho debe "ceder" ante otros bienes constitucionalmente protegidos (...) porque aquél tenga un menor peso o inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho (...). Nada, por tanto, de jerarquía de bienes o valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico. En definitiva interpretación unitaria y sistemática de la Constitución. (Cianciardo 2001, 16)

En el siguiente esquema se puede observar a los derechos constitucionales como un engranaje armónico, donde no existe un conflicto real de derechos sino solo aparente, no existen dos derechos correctamente ejercidos y a la vez contradictorios entre sí, sino que sólo hay un derecho fundamental correctamente ejercitado o invocado, cuyo contenido y límites son determinados mediante un examen pormenorizado.



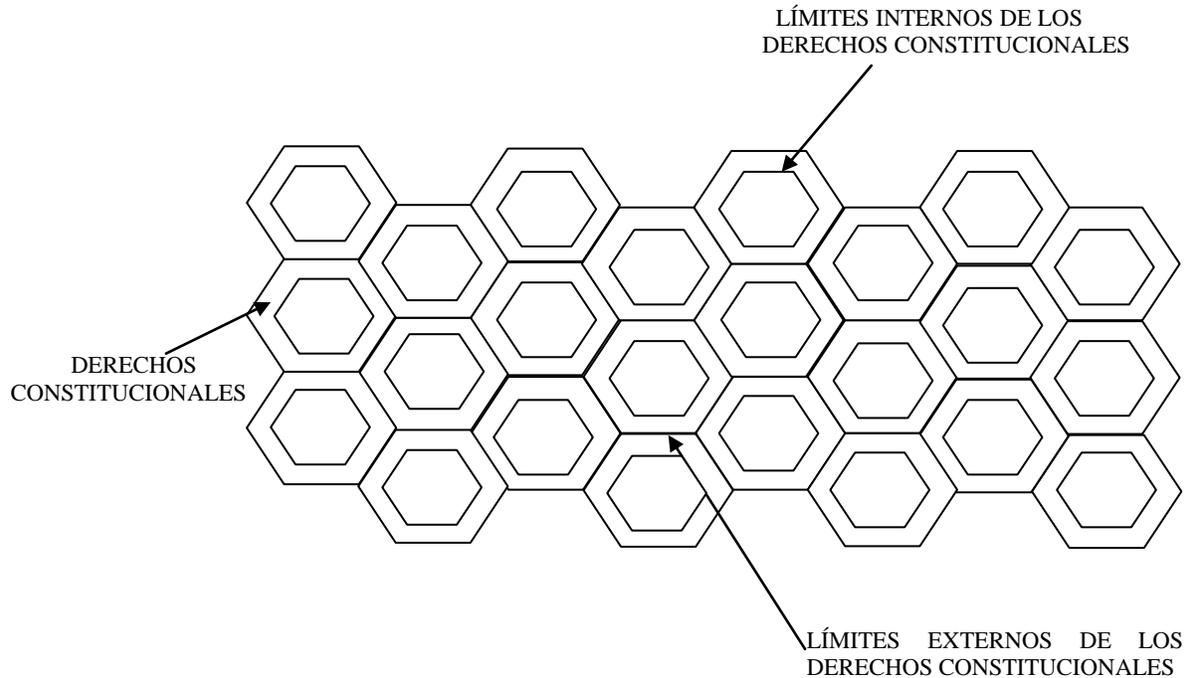
2. TEORÍA INTERNA Y TEORÍA EXTERNA DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Según Mariano Morelli, todo derecho se encuentra constitutivamente limitado: es derecho a realizar una conducta (limitación real), de determinada persona (limitación personal), en determinado lugar (limitación espacial) y momento (limitación temporal), y con determinada finalidad (limitación teleológica). Para identificar las limitaciones del derecho en el caso concreto, se debe proceder a la adecuada interpretación de la norma, y más aún si acogemos la idea que el derecho no se agota en las normas colocadas por los hombres (derecho positivo) sino que existen normas de justicia (derecho natural) que deben ser tomadas para resolver los casos, deben tenerse en cuenta las exigencias de lo justo y en particular del bien común, el auténtico bien de la comunidad, como fin del derecho.

Debemos distinguir además, por un lado, un derecho de un conjunto de derechos nucleados bajo un único nombre (vgr. el derecho a la propiedad en rigor incluye varios derechos concretos: vender, usar, donar, etc.); y también el derecho a obrar de determinado modo, del derecho a que la comunidad no impida determinada conducta, del derecho a que la comunidad apoye, promueva o financie la conducta. En este marco podemos reconocer también que hay actos intrínsecamente injustos, en sí mismo injustos y por ello nunca justificables; y que dan como contracara la existencia de un derecho absoluto y sin excepciones (ej. el derecho al respeto de la vida de un inocente). Una vez delimitado el alcance concreto de cada derecho, podrá establecerse cuál es el derecho que existe y cuál es solo una apariencia de derecho, y así, al resolver la cuestión, no se sacrificará ningún verdadero derecho.

A fin de aclarar la postura que acogeremos en el presente trabajo, cabe precisar la diferencia entre los límites internos y externos de los derechos constitucionales, así los límites internos no son *"barreras al ejercicio de los derechos que cercan y reducen el espacio natural y original de éstos. sino (...) fronteras que delimitan su mismo contenido, de suerte que fuera de ellas ni hay ni nunca hubo derecho"* por otro lado los límites externos, en cambio, tendrían origen en la necesidad de armonizar los conflictos del derecho fundamental de que se trate con otros derechos fundamentales y con bienes constitucionales. Vendrían, por tanto, impuestos «desde fuera» del derecho fundamental. En otras palabras, los límites externos serían restricciones de los derechos fundamentales que no estarían determinadas por la conceptualización del derecho en juego, como en el caso de los límites internos, sino por la existencia de otros derechos

fundamentales, o de bienes públicos que se encontrarían en conflicto con él (Cianciardo 2001, 6)



Que una norma tiene restricciones o límites es algo evidente, y sobre eso no hay discusiones. Los problemas surgen al intentar develar la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones. Desde un punto de vista esa relación es de carácter interno (límites internos), y eso lleva a pensar que sólo y exclusivamente dentro de la norma iusfundamental es posible determinar cuáles son sus restricciones. El contenido de la norma, para esta posición, nace limitado. Desde la otra perspectiva dogmática examinada, las restricciones son siempre externas a la norma iusfundamental (límites externos) y no tienen, en principio, nada que ver con ella. La norma, entonces, sería, en principio, ilimitada, y las limitaciones irían surgiendo de la necesidad de aplicarla respetando el contenido (también amplio) de las otras.

En ese sentido, es verdad que los derechos tienen un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable. Y es un contenido que recibe de su fundamento un carácter coexistencial determinante, e inicial si se lo considera genéticamente. No resulta posible un derecho fundamental no-relacional. La búsqueda del respeto de los principios hermenéuticos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica imponen la necesidad de aceptar esta realidad. (Cianciardo 2001, 21).

3. CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS²⁸

Existe unanimidad de criterios al afirmar que todos los límites, esto es, tanto los internos como los externos, tienen como límite, a su vez, el respeto de la máxima de proporcionalidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales.

En este orden, la interpretación del precepto constitucional del derecho de que se trate, implica examinar su contenido, teniendo en cuenta que éste se fundamenta en valores individuales y sociales que le otorgan un alcance amplio, delimitar desde el bien

²⁸ El Tribunal Constitucional Español ha señalado al respecto: "Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decir así. Todo ellos referido a un momento histórico en que cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales; y se puede (...) hablar de una esenciabilidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo se rebasa se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de los razonable o lo despojan de la necesaria protección"

protegido por el derecho, desde la finalidad del mismo, su núcleo constitucional, que al ser determinado en circunstancias concretas, es inexceptionable. De tal forma que su ejercicio razonable, en una sociedad democrática como la nuestra, donde la paz social y el orden político democrático se basan, entre otras cosas, en los derechos fundamentales, el mínimo de ese derecho fundamental debe quedar salvaguardado, para no llegar a la anulación de alguno de los derechos en pugna. (López, 6)

La doctrina del **contenido esencial**, busca encontrar los límites internos de cada derecho identificando su “contenido esencial”, para hacerlo resulta necesario acudir, por un lado, a la naturaleza jurídica del derecho o al modo en que es entendido por los juristas; y a la finalidad del derecho; considerando en tal sentido también a los bienes humanos que quiere proteger y al fin de todos los derechos (una vida digna) que da por resultado derechos equilibrados, la solución al problema del aparente conflicto entre el derecho a la reproducción y el derecho a la dignidad del ser humano en el caso de la clonación: el derecho a la reproducción no incluye el de clonar porque es un derecho del que goza una pareja (dado que se debe asegurar una paternidad normal al niño), y en el marco de la reproducción sexual respetuosa de la vida e integridad del embrión.

La distinción entre el núcleo o contenido esencial y los contenidos periféricos de cada derecho puede ser una alternativa adecuada para resolver ciertos casos. Siempre será preferible sacrificar el contenido periférico de un derecho fundamental cuando colisione con el contenido esencial de otro.

Existen dos teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales: la teoría absoluta y la teoría relativa. La teoría absoluta imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y la parte circunferencial exterior como la parte accesoria de los mismos, dicho núcleo sería la parte intocable y cualquier afectación al mismo sería ilícita, en cambio en la parte contingente se puede establecer las limitaciones y restricciones que se consideren necesarias y justificadas. Para la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales afirma que este no es preestablecido y fijo, sino determinable solo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan con él tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

El principal error cometido por las teorías antes descritas es pensar que el derecho fundamental pueda estar constituido por un contenido (total o parcial, según que teoría) que pueda ser afectado por el Legislador, lo cual a su vez atenta contra el principio de unidad de constitución, pues nadie está habilitado para lesionar derechos fundamentales, aceptamos que pueda regular su ejercicio pero no podrá en modo alguno sacrificarlos o lesionarlos. Al hacerlo estaría quebrantando el principio de unidad de constitución, sacrificar un derecho en beneficio de otro sería vulnerar el principio antes señalado pues aceptaríamos que la Constitución se contradice al recoger realidades contradictorias e irreconciliables.

Tal y como lo señala Luís Castillo Córdova, debemos entender que no existe un “contenido esencial” si ello se entiende que existe un “contenido no esencial” el cual puede ser no respetado (ser lesionado aunque sea cumpliendo el juicio de proporcionalidad) por el legislador en su labor de regular el ejercicio de los derechos fundamentales. Existe un único contenido en cada derecho fundamental. Y es precisamente todo este contenido el que se rige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos, que nunca pueden vulnerar, limitar o restringir los derechos. Por tanto, no existe contenido alguno de los derechos fundamentales que pueda quedar a merced del legislador. Si esto ocurriese entonces la garantía no dejaría de ser tal en la medida que se permitiría vulneraciones al contenido “no esencial” del derecho sino que se volvería un instrumento consolidador de tales vulneraciones.

Esta nueva formulación del contenido esencial de los derechos fundamentales es a nuestro entender correcta porque afirma que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no pueden de ninguna forma ser vulnerados bajo ningún argumento pues ello como ya lo explicamos vulneraría los principios de supremacía y normatividad constitucional. Creemos que los derechos fundamentales definidos en términos generales, en circunstancias concretas, son absolutos y no pueden ser dejados de lado por razones utilitarias.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Peruano en la Sentencia N° 1417-2005-AA, ha definido el contenido constitucionalmente protegido de un derecho en estos términos:

“Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental”.

Según el Tribunal todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida que el contenido esencial se mantenga incólume; asimismo el contenido esencial de dicho derecho solo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, es evidente que el Tribunal Constitucional al definir el Contenido Constitucionalmente protegido ha optado por la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, señalada anteriormente.

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha hecho referencia, a la determinación del contenido constitucional protegido de los derechos fundamentales, para resolver controversias, así tenemos:

En el Expediente N° 3165-2011-PHC/TC “Que en consecuencia cabe la aplicación de la causal de improcedencia contenida en el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, toda vez que el petitorio y los hechos que sustentan la demanda no están referidos en forma directa y concreta al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal.”

En el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC, se precisa “Ello, desde luego, no significa que la configuración in toto del contenido del derecho fundamental queda librada a la discrecionalidad del legislador, sino tan solo que –

existiendo un contenido esencial del derecho que, por estar garantizado por la propia Norma Fundamental, resulta indisponible para el legislador— es necesaria también la acción del órgano legislativo para culminar la delimitación del contenido del derecho. Dicha delimitación legislativa, en la medida de que sea realizada sin violar el contenido esencial del propio derecho u otros derechos o valores constitucionales reconocidos, forma, junto al contenido esencial del derecho concernido, el parámetro de juicio para controlar la validez constitucional de los actos de los poderes públicos o privados. Este criterio ha sido sostenido antes por el Tribunal Constitucional”²⁹

4. MECANISMOS PARA DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PROMOCIÓN CON EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Conforme lo hemos visto exponiendo, cuando nos encontramos ante un aparente conflicto que involucre derechos fundamentales, de lo que se tratará es de resolver el caso mediante una solución que se ajuste al respeto de los respectivos contenidos esenciales, evitando así que se frustre el ejercicio legítimo de uno de ellos.

Es decir, lo que se busca es llegar a una armonización de derechos fundamentales, objetivo que se cumplirá en primer lugar con la determinación de lo que conocemos como "contenido esencial" de los derechos fundamentales, tarea que consiste en "*mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien*

²⁹ Posición recogida también en los Expedientes N° 00005-2008-PI/TC, N° 00018-2013-PI/TC, 0017-2008-PI/TC, EXP N° 03347-2009-PA/TC, 00008-2008-PI/TC y 0003-2006-PI/TC, entre otros.

que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional: es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable" (Serna 2000,42), de lo que se tratará es de resolver el caso mediante una solución que se ajuste al respeto de los respectivos contenidos esenciales, evitando así que se frustre el ejercicio legítimo de uno de ellos. Para realizar esta tarea se deberá primero perfilar el contenido del derecho en abstracto, para terminar por definirse en el marco de los casos concretos.

Si bien es cierto, los derechos fundamentales tienen un contenido limitado; pero, dentro de su limitación, dicho contenido es ilimitable, y es un contenido que recibe de su fundamento un carácter coexistencial determinante, iluminado por el respeto de su relación con los demás derechos, puesto que no concibe un derecho fundamental no relacional. Siendo necesario en estos casos la interpretación exhaustiva de los derechos fundamentales en juego y las normas iusfundamentales de que se trate, habrá que estudiar, especialmente, tres cosas: *“la finalidad del derecho fundamental involucrado; la finalidad de todos los derechos fundamentales, como criterio unificador; y los supuestos de hecho de las restantes normas iusfundamentales, por respeto a los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica”*. (Giancardo, 2001)

CAPÍTULO VII
SEGURIDAD JURÍDICA Y LA APLICACIÓN DE CRITERIOS DE
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

**1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO CARACTERÍSTICA NECESARIA DE LA
LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En la aplicación de criterios de interpretación constitucional no existe un consenso o la utilización de un único criterio; de esta forma algunos se adhieren a la visión conflictivista la cual entiende que mientras el contenido constitucional de un derecho fundamental ampararía una pretensión, el contenido de otro derecho constitucional exigiría su rechazo, siendo la solución que propone la visión conflictivista preferir un derecho sobre el otro, mediante dos mecanismos la jerarquización abstracta y la ponderación, siendo este último más utilizado que el primero, el cual consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos que se encuentren en conflicto teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, a fin de concluir cuál de los derechos “pesa más” en el caso en particular, mientras que otro sector, desestimando implícitamente la posición conflictivista, se inclina por la aplicación del principio de Unidad de la Constitución, en base al cual no existe un conflicto real de derechos sino solo aparente, para esta postura no existen dos derechos correctamente ejercidos y a la vez contradictorios entre sí, sino que sólo hay un derecho fundamental correctamente ejercitado o invocado.

Como se puede apreciar estamos ante una falta de uniformidad y hasta contradicción en la aplicación de criterios para la interpretación constitucional, lo que traerá la

consecuente inseguridad jurídica, dado que los magistrados apoyándose en una doctrina y jurisprudencia irregular, no decidirán de manera previsible.

En este contexto debemos recordar el especial papel que tiene el Tribunal Constitucional en el desarrollo de jurisprudencia, pues es el intérprete y órgano supremo del orden jurídico y de control de la constitucionalidad, cuidando que las leyes o actos de los órganos del Estado no socaven lo dispuesto por la Constitución, y lo hace efectivo mediante los procesos constitucionales³⁰, desarrollando el Tribunal Constitucional jurisprudencia que vinculante o no, los demás órganos de decisión necesariamente harán un análisis y revisión sobre esta; esta labor jurisprudencial cobra aún mayor importancia cuando dicha interpretación verse sobre dispositivos constitucionales que protejan derechos fundamentales, debiendo motivar cuidadosamente cualquier intervención en los mismos y previniendo la aparición de posibles contradicciones en la motivación de las resoluciones, lo cual traería inseguridad jurídica, pues el concepto de seguridad jurídica no se limita al imperio de

³⁰ Los procesos constitucionales se clasifican en atención al objeto de protección de cada uno de ellos. Existen tres clases:

1. Procesos de tutela de derechos.- Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales y son los siguientes: proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (acción de cumplimiento).

2. Procesos de control normativo.- Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso inconstitucionalidad, y de la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección de esta clase de procesos (sistema de fuentes proscrita por nuestra Constitución Política).

3. Proceso de conflicto competencial.- Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Está comprendido únicamente por el proceso de conflictos constitucionales o de atribuciones.

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

la legalidad, este si bien es importante no es suficiente; si bien la existencia de normas positivizadas crea la primera base de la seguridad jurídica, casi toda regulación deja dudas e incertidumbres e incluso varias posibilidades defendibles de solución, por lo que también es importante el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

2. LA FALTA DE UN SISTEMA HOMOGÉNEO DE APLICACIÓN DE CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La seguridad jurídica en su concepción general es la garantía que ofrece el derecho para la vida en sociedad, permitiendo el desarrollo normal de cada uno de los miembros de esta. Para García Toma, existen dos nociones de seguridad jurídica: objetiva y subjetiva, la primer, llamada también seguridad del derecho, implica la presencia de normas sustantivas y procesales lo suficientemente claras, que permitan al hombre tener una idea concisa del reconocimiento y protección de su persona, bienes y facultades³¹ y la noción subjetiva, llamada también seguridad por medio del derecho, ésta alude al conjunto de organismos y funcionarios público, que con su eficiencia, moralidad y legalidad, generan una suerte de íntima confianza en la certeza de protección y reparación a favor de las personas, en un espacio y tiempo determinados, generando en los ciudadanos confianza en el ejercicio pleno de sus derechos, así como la convicción de la factibilidad de su restablecimiento, resarcimiento y castigo, de ser el caso.

³¹ La seguridad jurídica objetiva necesita de tres requisitos: a) Presencia de un derecho vigente, válido, eficaz y positivo, b) Existencia de normas con redacción sencilla y transparente y c) Evitar condiciones que expongan la legislación a circunstancias incidentales .

El problema se acrecienta con relación a la noción subjetiva de seguridad, pues ésta implica certeza en las decisiones judiciales así como la convicción de la factibilidad de protección, resarcimiento y castigo. Esto no se podrá lograr sin la existencia de criterios uniformes para la determinación de situaciones jurídicas; recordemos que la seguridad jurídica aparece estrechamente unida a la previsibilidad de las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, y sólo cuando las decisiones de los órganos de decisión sean previsibles hasta cierto grado y por ende calculables, los sujetos sometidos al derecho podrán orientarse en su comportamiento.

Sin embargo qué hace a una decisión jurisdiccional previsible, sin duda no solamente la referencia a las normas jurídicas puesto que también está de por medio el contexto en que las decisiones son adoptadas; en ésta línea, la fuente de previsibilidad no serían las normas jurídicas sino el contexto en el que se adoptan tales decisiones, del que brotarían convenciones entre los jueces y juristas en general que acuerdan dar a las reglas y principios jurídicos determinadas interpretaciones ampliamente compartidas, así como determinar su utilización o no dentro del caso concreto.

El contexto incluiría: las costumbres de la comunidad, el papel de los órganos jurisdiccionales y la doctrina jurisprudencial. En conclusión no se puede negar el papel de la doctrina jurisprudencial en la previsibilidad de las decisiones judiciales y por ende en la seguridad jurídica. De ahí la importancia de desarrollar un sistema homogéneo de aplicación de los criterios de interpretación constitucional al momento de resolver colisiones entre derechos constitucionales.

La jurisprudencia no puede prescindir de los juicios de valor, los mismos se deben basar en consensos existentes, las valoraciones extraídas del material jurídico vigente y los principios generales del derecho. Recordemos que en el razonamiento jurídico nadie empieza de cero ni se elige desarrollar una conclusión razonable a priori. Los decisores y argumentadores jurídicos no abordan los problemas de decisión y justificación en el vacío, sino en el contexto de una gran cantidad de materiales jurídicos que sirven para justificar y guiar las decisiones, por lo que se hace necesario el desarrollo de un sistema homogéneo para la aplicación de criterios de interpretación constitucional para resolver colisiones entre derechos constitucionales.

Ahora bien, la postura defendida a lo largo del presente estudio, donde la aplicación del principio de unidad de la Constitución es la mejor solución al momento de interpretar la colisión entre derechos fundamentales, se encuentra en concordancia con el sistema jurídico, lo que significa que cumple con los requisitos de consistencia y coherencia con los valores y principios más generales e inteligibles; pues pretende optimizar o proteger todos los derechos en conflicto de modo que todos puedan realizarse, argumentando a su vez que no hay jerarquías abstractas e incondicionadas entre derechos fundamentales, buscando preservar siempre la armonía y unidad de la Constitución, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, estando exenta de toda interpretación aislada.

3. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO JUDICIAL – PREVENTIVA

La seguridad no sólo es una necesidad jurídica, sino que tiene como fundamento un instinto natural del hombre de tener certeza en la vida social, asimismo como señala Luis Legaz Lacambra, la seguridad es el motivo radical y primario de lo jurídico; puesto que fue el ansia de seguridad el factor que impulso a los hombres a constituir una sociedad y derecho.

Ahora bien, encontramos tres mecanismos para alcanzar la seguridad: El primero llamado “seguridad jurídica represiva” en el que el ciudadano está protegido contra cualquier perturbación no porque se lo vaya a evitar sino porque será indemnizado de ser el caso, esta seguridad jurídica siempre es a posteriori. El segundo se lo puede llamar como “temor judicial” porque la conducta de la sociedad responde a un temor de la reacción de los tribunales, la seguridad jurídica se contempla desde un punto de vista judicial-preventivo. En el tercero la seguridad jurídica se pretende obtener a través de un mecanismo preventivo de documentación, ofrece unas garantías que hacen que las posibles controversias no surjan y si esto no se llegará a lograr completamente, entonces se incrementa la posibilidad de superar y abreviar las controversias judiciales, en este la seguridad jurídica se obtiene preventivamente es decir a priori.

Para el presente estudio la seguridad jurídica que primordialmente se alcanzaría al acoger un sistema homogéneo de aplicación del principio de unidad de la Constitución como criterio de interpretación constitucional, sería la judicial-preventiva, pues al existir criterios uniformes y doctrina jurisprudencial adecuada en base a la cual el juez

utilizará como marco de referencia de sus decisiones se puede hablar de predicción jurídica. Sin dejar de lado que la asunción de la tesis formulada facilitaría también conseguir que la seguridad jurídica se logre a posteriori, mediante la actividad jurisdiccional.

La seguridad jurídica implica certeza en las decisiones judiciales así como la convicción de la factibilidad de protección, resarcimiento y castigo. Esto no se podrá lograr sin la existencia de criterios uniformes para la determinación de situaciones jurídicas y el contexto en que las decisiones judiciales son adoptadas; el contexto incluiría: las costumbres de la comunidad, el papel de los órganos jurisdiccionales y la doctrina jurisprudencial. En conclusión no se puede negar el papel de la doctrina jurisprudencial en la previsibilidad de las decisiones judiciales y por ende en la seguridad jurídica. De ahí la importancia de desarrollar una postura doctrinal uniforme para la solución de las controversias suscitadas en el aparente conflicto de derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional en distintas sentencias, aplica los principios de ponderación y proporcionalidad como criterios de interpretación constitucional, lo cual tiene como presupuesto teórico necesario la existencia de “conflicto entre derechos fundamentales”.
2. El Tribunal Constitucional, al asumir la existencia de “conflicto entre derechos fundamentales” contraviene los principios de Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica, ampliamente reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional, lo cual nos conduce a la vez a la falta de un sistema homogéneo en la aplicación de los criterios de interpretación.
3. El conflicto no puede darse entre derechos fundamentales, puesto que ellos son una unidad, el conflicto se da realmente a nivel de las pretensiones planteadas en una relación procesal; es decir lo que chocan son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho y cuya verdadera naturaleza corresponde develar al juez en cada caso.
4. La aplicación del principio de ponderación es desaconsejable en atención a sus deficiencias teóricas y las complejas y arriesgadas subjetividades, las cuales no siempre aseguran un resultado acertado, es decir, justo y debidamente fundamentado.

5. El Tribunal Constitucional, al momento de resolver los aparentes conflictos entre derechos constitucionales, a fin de homogenizar la utilización de los distintos criterios de interpretación, debe aplicar el criterio de Unidad de la Constitución y Concordancia Práctica, puesto que éste garantiza mayor objetividad en el juzgador, así como la vigencia normativa de cada derecho constitucional invocado.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el Supremo Intérprete de nuestra Constitución, desarrolle e implemente mediante su Jurisprudencia, criterios uniformes para la aplicación del Principio de Ponderación y los Principios de Unidad de la Constitución y Concordancia Practica.
2. Se recomienda además, que los órganos de decisión, es decir Ministerio Público y Poder Judicial, que al momento de hacer el análisis de un problema jurídico concreto, se encuentren ante la existencia de un conflicto aparente de derechos constitucionales, en primer lugar determinen el contenido esencial de los derechos aludidos, a fin de verificar el derecho correctamente invocado.
3. Recomendamos también que el Tribunal Constitucional emita una Sentencia Vinculante, donde unifique los diversos criterios expuestos en la presente investigación, a fin de evitar la inseguridad jurídica a causa de la falta de un sistema homogéneo en la aplicación de los criterios de interpretación constitucional.

LISTA DE REFERENCIAS

Alexy, Robert. 2009. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Núm. 11: 3-14.

Bernal Pulido, Carlos. 2007. *Los derechos fundamentales y la Teoría de los principios. ¿Es la Teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española?*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 : 273-291

Bernal Pulido, Carlos. 2010. *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.

Burga Coronel, Angélica María. 2011. *El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. (Noviembre). Gaceta Constitucional 47.: 253-267.

Castillo Córdova, Luis. 2008 *El Tribunal Constitucional y su labor jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores.

—. *Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales*. 2005. México: 99-129

—. *Los Derechos Constitucionales*. 2007. Lima: Palestra Editores.

—. *Los derechos constitucionales-Elementos para una teoría general*. 2007. Lima: Palestra Editores.

—. *SERNA, PEDRO Y TOLLER, FERNANDO*. 2000. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*: Buenos Aires.

Chanamé Orbe, Raúl y otros. 2009. *Manual de Derecho Constitucional*. Lima: Editorial ADRUS.

Cianciardo, Juan. 2001. Límites de los derechos fundamentales. Bogotá: Revista de Fundamentación Jurídica.

Díaz Revorio, Francisco Javier. 2012. «Interpretación Constitucional y Técnicas de Ponderación Judicial.» *Derecho Constitucional y Derechos Humanos*. Lima: Academia Nacional de la Magistratura.

Fernández Segado, Francisco. 1994. *La Dogmática de los Derechos Humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Fernández Sessarego, Carlos. 2003. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Lima: San Marcos.

Irrazábal Covarrubias, Juan. 2000. “*Juan Cianciardo, el conflictivismo en los derechos fundamentales*”. Revista chilena de Derecho. Nº 1, Vol. 30: p. 202.

López Salas, Rafaela. *Los conflictos de derechos. Una propuesta alternativa*. Encontrado en <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/14/lopez14.pdf>, de fecha 05 de mayo de 2013

Maguiña Mesta, Maribel. *¿Existe un contenido no esencial de los derechos fundamentales?*. Encontrado en <http://blog.pucp.edu.pe/item/46951/existe-un-contenido-no-esencial-de-los-derechos-fundamentales>, de fecha 21 de abril de 2013.

Prieto Sanchis, Luis. 2002. *Derechos Constitucionales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra Editores.

Real Academia Española. 2005. *Diccionario de la Lengua Española*. Lima: Q.W. Editores.

Silva García, Germán. 2008. *LA TEORÍA DEL CONFLICTO. Un marco teórico necesaria*. Colombia. Revista Derechos y Valores. Universidad Militar Nueva Granada. Vol. XI, Núm. 22, julio-diciembre: pp. 29-43.

ANEXO 01

CUADRO DE SENTENCIAS

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL REVISADAS

N°	SENTENCIA
01	STC N° 0895-2001-AA
02	STC N° 14-2002-PI
03	STC N° 1091-2002-HC
04	STC N° 1797-2002-HD
05	STC N° 2209-2002-AA
06	STC N° 10-2002-AI
07	STC N° 1085-2003-HC
08	STC N° 1219-2003-HD
09	STC N° 01-2003-AI
10	STC N° 1013-2003-HC
11	STC N° 2579-2003-HD
12	STC N° 05-2003-AI
13	STC N° 08-2003-AI
14	STC N° 1076-2003-HC
15	STC N° 29-2004-AI
16	STC N° 50-2004-AI
17	STC N° 1803-2004-AA
18	STC N° 45-2004-AI
19	STC N° 047-2004- AI
20	STC N° 48-2004-AI
21	STC N° 72-2004-AA
22	STC N° 2235-2004-AA
23	STC N° 4677-2004-PA
24	STC N° 3741-2004-AA
25	STC N° 0090-2004-AA

26	STC N° 03-2005-PI
27	STC N° 0023-2005-PI
28	STC N° 6712-2005-HC
29	STC N° 5854-2005-AA
30	STC N° 1417-2005-AA
31	STC N° 30-2005-PI
32	STC N° 8817-2005-PI
33	STC N° 0003-2006-PI
34	STC N° 00245-2006-AA
35	STC N° 1209-2006-PA
36	STC N° 6089-2006-PA
37	STC N° 174-2006-PHC
38	STC N° 04-2006-AI
39	STC N° 07-2006-PI
40	STC N° 00033-2007-PI
41	STC N° 0680-2007-PA
42	STC N° 4747-2007-PI
43	STC N° 3908-2007-PA
44	STC N° 815-2007-HC
45	STC N° 0005-2008-PI
46	STC N° 00008-2008-PI
47	STC N° 0017-2008-PI
48	STC N° 00026-2008-PI
49	STC N° 579-2008-AA
50	STC N° 6316-2008-PA
51	STC N° 2132-2008-AA
52	STC N° 14-2009-PI
53	STC N° 607-2009-PA
54	STC N° 2838-2009-HD
55	STC N° 03347-2009-PA

56	STC N° 03909-2009-PHC
57	STC N° 00032-2010-PI
58	STC N° 00015-2010-PI
59	STC N° 0035-2010-PI
60	STC N° 0012-2010-PI
61	STC N° 0024-2010-PI
62	STC N° 00733-2010-PHC
63	STC N° 4235-2010-PHC
64	STC N° 316-2011-PA
65	STC N° 2716-2011-PA
66	STC N° 3165-2011-PHC
67	STC N° 4243-2011-PA
68	STC N° 08-2012-PI
69	STC N° 032-2012-AI
70	STC N° 37-2012-PA
71	STC N° 15-2013-PI
72	STC N° 00018-2013-PI