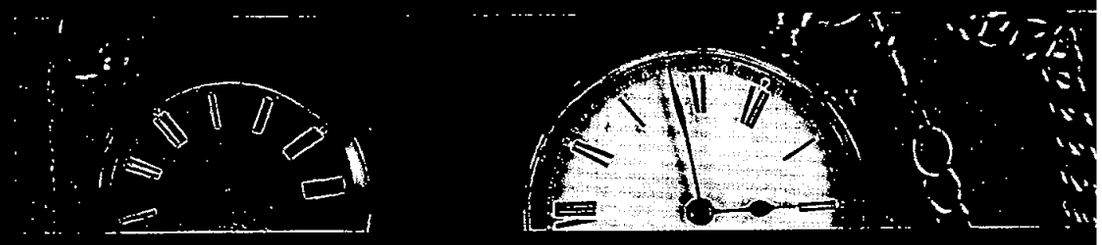
Marcial Rubio Correa

ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Tomo 1



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL 1999

Marcial Rubio Correa
ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993
1

Esta obra contiene un análisis detallado de cada artículo de la Constitución Política de 1993.

El autor ha trabajado tanto sobre los aspectos conceptuales, como sobre la aplicación práctica de cada disposición. Para ello, ha recurrido a los siguientes elementos de trabajo:

- Los antecedentes de cada norma, existentes en las constituciones peruanas desde 1823 hasta 1979.
- La doctrina jurídica constitucional aplicable.
- La concordancia con disposiciones legislativas peruanas vigentes.
- La concordancia con tratados internacionales.
- La forma en que las normas han sido aplicadas por el Tribunal de Garantías Constitucionales y por el Tribunal Constitucional, citando las resoluciones respectivas.

En la parte inicial de la obra, el autor plantea la problemática metodológica del estudio de la Constitución y, en la parte final, hace propuestas de modificación que en muchos casos generarán polémica.

Es una obra que tiene utilidad para los universitarios, para los profesionales del Derecho que deben argumentar constitucionalmente, y para el ciudadano que desea información y crítica a profundidad sobre la Constitución peruana vigente.

DE PROXIMA APARICION

PIERRE DUVIOLS (Editor)
Cultura andina y represión

MANUEL DE LA FLOR MATOS
El fideicomiso, modalidades y tratamiento legislativo en el Perú

PINKAS FLINT BLANCK
Grupos de poder en las industrias harinera y oleaginosa. (Biblioteca de Derecho Político, Vol. V)

GORKI GONZALES MANTILLA
Pluralidad cultural, conflicto armado y Derecho en el Perú. (Biblioteca de Derecho Político, Vol. II)

ELVIRA MENDEZ CHANG
El control parlamentario de las atribuciones del Presidente en la celebración de convenios internacionales (Biblioteca de Derecho Político, Vol. VI)

GUILLERMO LOHMANN VILLENA
Las minas de Huancavelica en los siglos XVI y XVII

PAUL RIZO-PATRON
Familia, matrimonio y dote en la nobleza de Lima

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel.
Apartado 1761. Lima, Perú
Telfs.: 460-0872 y 460-2291
460-2870 Anexos 220 y 356

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION DE 1993

MARCIAL RUBIO CORREA

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993

TOMO I

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL 1999

Primera edición, febrero de 1999

Cubierta: AVA Diseños

Cuidado de la edición: Miguel Angel Rodríguez Rea

Estudio de la Constitución política de 1993. Tomo I

Copyright © por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Tlfs.: 460-0872, 460-2291 y 460-2870, Anexo 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-120-1 (Colección)
ISBN 9972-42-122-8 (T.I)

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

INDICE

PRESENTACION 11

PARTE I

METODOLOGIA 15

1. PRESENTACION METODOLOGICA DEL TRABAJO
1.1 La metodología de estudio de la Constitución 17
1.1.1. Las variables que intervienen en el estudio constitucional 48
1.1.1.1. El texto de la Constitución 49
1.1.1.2. Las leyes orgánicas y de desarrollo constitucional 51
1.1.1.3. La interpretación jurisprudencial 56
1.1.1.4. La realidad de la vida constitucional 57
1.1.1.5. La historia constitucional 60
1.1.1.6. Los estudios comparados 62
1.1.1.7. Los instrumentos internacionales con particular referencia a los derechos humanos 63
1.1.2. Los métodos de desarrollo del análisis de la Constitución 64
1.1.2.1. Exégesis 65

1.1.2.2. La sistemática institucional en la Constitución 66
1.1.2.3. La hermenéutica: los principios y conceptos. 67
1.2. La interpretación constitucional 70
1.2.1. Las variables de interpretación constitucional 72
1.2.1.1. La variable técnica 72
1.2.1.2. El elemento teleológico 77
1.2.1.3. El elemento valorativo 80
1.2.1.4. El elemento sociológico 81
1.2.2. La combinación de elementos con métodos de interpretación 85

PARTE II
EXEGESIS

TITULO I
DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

2. TITULO I: DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD 89
2.1. Las grandes líneas de evolución de los derechos humanos 89
2.2. La ubicación de los derechos reconocidos en los tratados internacionales dentro del Derecho peruano 99
2.3. Resumen de los derechos contenidos en este título 105

3. TITULO I, CAPITULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA 107
4. Artículo 1 110
5. Artículo 2 inciso 1 115
5.1. El derecho a la vida 118
5.2. El derecho a la identidad 127
5.3. Derecho a la integridad de la persona 130
5.4. El derecho al libre desarrollo 133
5.5. La protección al concebido 136
6. Artículo 2 inciso 2 140
6.1. Las normas generales sobre la igualdad ante la ley 144
6.2. La discriminación de la mujer 154
6.3. Discriminación racial 174
6.4. Discriminación educativa 182

6.5. Discriminación laboral 184
6.6. No discriminación para los niños 187
6.7. No discriminación en materia tributaria 187
7. Artículo 2 inciso 3 189
8. Artículo 2 inciso 4 201
8.1. El derecho de opinión y expresión 203
8.2. Los aspectos penales 214
9. Artículo 2 inciso 5 218
10 Artículo 2 inciso 6 227
11. Artículo 2 inciso 7 240
12. Artículo 2 inciso 8 259
13. Artículo 2 inciso 9 271
14. Artículo 2 inciso 10 276
15. Artículo 2 inciso 11 287
16. Artículo 2 inciso 12 314
17. Artículo 2 inciso 13 318
18. Artículo 2 inciso 14 339
19. Artículo 2 inciso 15 351
20. Artículo 2 inciso 16 360
21. Artículo 2 inciso 17 368
22. Artículo 2 inciso 18 378
23. Artículo 2 inciso 19 382
23.1 Identidad y pluralidad étnica y cultural 384
23.2 El derecho al uso del propio idioma 396
24. Artículo 2 inciso 20 400
25. Artículo 2 inciso 21 406
26. Artículo 2 inciso 22 412
27. Artículo 2 inciso 23 428
28. Artículo 2 inciso 24 430
29. Artículo 2 inciso 24 literal a 439
30. Artículo 2 inciso 24 literal b 444
31. Artículo 2 inciso 24 literal c 456
32. Artículo 2 inciso 24 literal d 464
33. Artículo 2 inciso 24 literal e 474
34. Artículo 2 inciso 24 literal f 479
35. Artículo 2 inciso 24 literal g 512
36. Artículo 2 inciso 24 literal h 518
36.1. La violencia moral, psíquica o física 523
36.2. La tortura 533

36.3. El trato inhumano o humillante 545
36.4. La invalidez de las declaraciones obtenidas por la violencia 547
37. Artículo 3 549

PRESENTACION

Este trabajo tiene tres partes:

La primera está referida a los aspectos metodológicos y tiene que ver tanto con la prioridad dada al método exegético, como con los complementos sistemáticos y conceptuales y con las reglas de interpretación constitucional que nos hemos impuesto.

La segunda parte, que es el cuerpo propiamente dicho del trabajo, es el análisis exegético del texto constitucional, artículo por artículo. Al abrirse cada título o capítulo de la Constitución hemos hecho un comentario sistemático para ubicar en su contexto, el conjunto de instituciones que se trata en los artículos respectivos.

La tercera parte contiene dos aspectos: una propuesta de reformulación de las grandes líneas de la estructura orgánica del Estado, pensando en la necesidad de regular el poder y repartirlo, y una lista de conclusiones que, a nuestro juicio, son las principales del trabajo realizado.

Queremos explicar lo más brevemente posible la estructura de la parte exegética, que es la que ocupa prácticamente el 98% de la extensión del trabajo hecho.

Dentro del comentario de cada artículo hay una primera parte que se refiere a los textos de las constituciones anteriores a la de 1979 que se relacionan con la materia del artículo comentado. Esta parte está simplemente recopilada, ordenada y brevemente comentada en lo que se refiere

a su secuencia histórica. No hemos intentado interpretar los textos, porque ello hubiera requerido hacer una investigación sobre los significados en la teoría y la realidad del momento en que fueron aprobados. Es una labor que escapaba a los objetivos de este trabajo.

Como esta obra es exegética, hemos tomado como criterio para ordenar los artículos de las constituciones pasadas el contenido de los artículos de la Constitución de 1993. En ello se gana en precisión sobre cada texto del 93, pero se pierde en la presentación de la riqueza institucional de las diversas Constituciones. Hasta donde fue posible, sin embargo, hemos tratado de superar este segundo inconveniente.

Luego existe una parte referente a la comparación de la Constitución de 1993 con la de 1979. El abordaje de esta comparación se ha hecho, prácticamente, texto contra texto. Esto quiere decir varias cosas, desde el punto de vista metodológico, que desarrollamos a continuación.

Los textos pueden querer o no querer decir lo mismo, porque en ciertos casos el significado de las palabras utilizadas varía y en otros no. En este trabajo no hemos averiguado sobre estas posibles diferencias porque, en realidad, se trataría de toda una investigación especializada, que incluiría la revisión íntegra de los diarios de debate de cada Constitución y de la literatura (académica e incluso periodística) de la época. Es un trabajo que queda por hacer y para el que, en todo caso, en nuestro análisis comparativo se facilitan elementos primarios de organización del material normativo.

La letra de las constituciones no necesariamente coincidió con lo que en realidad ocurrió en la vida social y política cotidiana. A menudo, *Constitución formal* y *Constitución real* fueron dos grupos normativos completamente distintos entre sí. La averiguación de las relaciones entre los textos constitucionales y la historia del Perú está por hacerse aún de manera sistemática. Desarrollarla en este trabajo hubiera requerido, también, recurrir a multitud de fuentes de historia completamente distintas de las que hemos trabajado.

Hemos hecho una comparación de normas, no de instituciones, en la medida que hemos seguido un método exegético de exposición. Por lo tanto, la institucionalidad prevista por cada una de las Constituciones del

pasado no se encuentra reflejada en el texto que presentamos. En realidad, tampoco existe un trabajo interpretativo de dicha institucionalidad en el Perú, si bien algunos autores han hecho aproximaciones. Indudablemente, estudiar la institucionalidad constitucional del Perú exigiría hacer un trabajo paralelo de historia normativa e historia política, lo que no ha sido abordado por nosotros.

Existen materias que fueron legisladas en las Constituciones anteriores, pero de las cuales no hay traza en la de 1993. En la medida que esta comparación ha sido exegética y tomando como base la Constitución vigente, aquellas instituciones no han sido tratadas por nosotros. También quedan a ser desarrolladas en estudios especializados de historia constitucional.

Por otra parte, hemos tratado de evaluar cuáles han sido los aportes principales de las diversas Constituciones, siempre en su texto, para determinar los grandes momentos de cambio del contenido de las normas. Esta averiguación nos pareció importante porque, existiendo tantas Constituciones en nuestra historia, bien podría haber ocurrido que unas fueran copias de las otras.

Finalmente, el texto mismo del análisis exegético tiene que ver con el método seguido y que se explica en la primera parte de la obra de manera que no lo desarrollamos aquí.

La bibliografía transcrita es la que hemos utilizado para elaborar el trabajo y, prácticamente, cada obra ha sido utilizada a pie de página. Al transcribirla, hemos preferido hacer un orden por autores y no por la naturaleza del trabajo citado (libro, tratado, artículo de revista, informe, etc.). Esto último hubiera llevado siempre a clasificaciones arbitrarias, sobre todo teniendo en cuenta la variedad y cantidad de obras utilizadas.

También se añade, al final, una relación de todas las disposiciones legales utilizadas a lo largo del trabajo. Hacemos una enumeración cronológica por fecha de promulgación. Tiene por finalidad permitir la consulta cuando sea necesario.

Lima, diciembre de 1997.

MARCIAL RUBIO CORREA

PARTE I

METODOLOGIA

1. PRESENTACION METODOLOGICA DEL TRABAJO

En esta parte vamos a hacer una presentación metodológica del trabajo que sigue a continuación. Vamos a desarrollar dos tipos de elementos: unos referidos a la manera de enfrentar el diseño del trabajo, los componentes del análisis, la naturaleza de la síntesis que, en realidad, constituyen la forma de estudiar la Constitución; los otros, referidos a la forma de interpretar la Constitución.

1.1 La metodología de estudio de la Constitución

En la historia política se ha trabajado siempre con el tema del poder, pero desde perspectivas distintas. Si nos concentramos en el trayecto del Estado Moderno, que viene desde fines de la alta Edad Media, encontramos que en sus primeros tramos predominó una corriente de pensamiento teocrática en torno a él:

> [...] principalmente después de la muerte de Carlomagno a comienzos del siglo IX —cuando las diferentes comunidades empezaron a consolidarse sobre sus propias bases; cuando la proporción de gobierno efectivo había sido reducida drásticamente; cuando la base del imperio se había deslizado hacia la zona de Alemania que nunca había sido gobernada por Roma; cuando el gobierno del imperio en la práctica quedó reducido a determinadas partes de Alemania y territorios de Italia y que aun aquí se resisten a reconocerlo, si en efecto le reconocían, los duques, los condes y los prín-

cipes—, la historia de la zona entró en una nueva fase en la que esta unidad que conservaba el conjunto de Europa se convirtió principalmente, si no exclusivamente, en una unidad religiosa y ritual» (1).

Y dice el mismo autor que, a partir del siglo XI, esta idea alcanzó mayor precisión:

«A partir del siglo XI se avanzó prestamente hacia esta argumentación plenamente teocrática según la cual el Papa regía la cristiandad como heredero de San Pedro, mientras que el emperador de Europa gobernaba solamente por delegación del Papa" (2).

Inclusive, como es de amplio conocimiento, en 1302 el Papa Bonifacio promulgó la bula *Unam Sanctam* en la que declaró que el Papa era gobernante espiritual y temporal y que quienes le negasen lealtad serían considerados heréticos. Es el período en el que el teocratismo en el poder alcanza su máxima expresión: el poder se explica en el contexto de la unidad y el integrismo en que vivía y se concebía a la cristiandad. Un poder de base divina debía ser ejercitado de acuerdo a las reglas establecidas por Dios. No era materia de estudio crítico sino de reglas prescriptivas para el buen gobierno.

Maquiavelo, que escribe *El Príncipe* a principios del siglo XVI, es un autor de curiosa aproximación al poder, sobre todo si tenemos en cuenta la época de sus obras. Por un lado, lo toma como un fenómeno que puede ser estudiado en su forma y efectos. Por otro, prescribe ciertas conductas para él preferibles. En lo primero el poder es un instrumento que debe ser utilizado para los fines del príncipe. En lo segundo, señala ciertos compromisos morales a tomar en cuenta al ejercerlo, sobre todo atendiendo a la libertad de las personas, que fue un valor de la ciudadanía romana que Maquiavelo tuvo muy en alto.

---

(1) HINSLEY, F.H. *El Concepto de Soberanía*. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1972. Cap. III, pp. 51-52.

(2) HINSLEY, F.H. *El Concepto de Soberanía*. Barcelona, Editorial Labor S.A., 1972.- Cap. III, p. 52.

Los instrumentos esenciales para la conservación y acrecentamiento del poder son las leyes y la fuerza militar:

«Ya he dicho que si los príncipes quieren que su poder sea durable, lo deben apoyar en cimientos sólidos. Consisten, pues, los principales fundamentos de los estados, ya sean antiguos, ya nuevos o mixtos, en las buenas leyes y en las buenas tropas» (3).

Y luego pone énfasis en la importancia que para él tiene la fuerza:

> El arte de la guerra es el único estudio a que deben dedicarse los príncipes, por ser propiamente la ciencia de los que gobiernan. De sus progresos en ella pende la conservación de sus propios estados y su acrecentamiento; de modo que, por haberse aventajado en este estudio, han subido muchas veces los simples particulares a la dignidad suprema, al paso que en otras cayeron de ella vergonzosamente los soberanos por entregarse a un cobarde y afeminado reposo. Ciertamente consiste la pérdida de los estados en el desprecio de un arte tan importante, y en su cultivo la adquisición de otros nuevos, así como la estable y pacífica posesión de los adquiridos (4).

Y en la medida que el poder hay que detentarlo en las propias manos, es preciso tomar las medidas que conduzcan a garantizar tal ventaja, aún en lo relativo al cariño o al temor del pueblo:

> Concluyo, pues (volviendo a mi primera cuestión acerca de si vale más ser amado que temido), que, como los hombres aman por libertad o por capricho, y por el contrario, temen según el gusto del que los gobierna, un príncipe prudente no debe contar sino con lo que está a su disposición; pero sobre todo cuide, según ya tengo advertido, de hacerse temer, sin llegar a ser aborrecible (5).

---

(3) MAQUIAVELO. *El Príncipe*. Madrid, Editora EDAF S.A., 1989. Cap. XII, p. 63.

(4) MAQUIAVELO. *El Príncipe*. Madrid, Editora EDAF S.A., 1989. Cap. XIV, p. 73.

(5) MAQUIAVELO. *El Príncipe*. Madrid, Editora EDAF S.A., 1989. Cap. XVII, p. 84.

Esta afirmación va añadida a otra sobre las calidades personales del príncipe que merece destacarse:

> Gran dicha sería a la verdad hallar un príncipe que reuniera todas las buenas prendas que he señalado; pero como nuestra naturaleza no es capaz de tanta perfección, es necesario a lo menos que tenga el príncipe bastante prudencia para preservarse de aquellos vicios y defectos que pudieran perderle. Debe librarse también, si le es posible, de los otros defectos menores que no pueden comprometer su seguridad ni la posesión de sus estados; mas, si fuese superior a sus fuerzas el librarse de ellos, no debe incomodarse para no incurrir en las faltas graves que causarían su ruina. Tampoco debe reparar en que se vituperen en él los vicios que son útiles para la conservación de sus estados; porque, bien meditadas las cosas, tal calidad, que parece buena y laudable, le perdería inevitablemente, y de tal otra, que parecerá mala y viciosa, dependerá su conveniencia y seguridad (6).

La instrumentación del poder está aquí clarísimamente marcada en el plano subjetivo del gobernante: sus conductas deben enderezarse a controlarlo y lo hará mejor si cultiva en sí mismo las habilidades (y vicios) que lo hagan más apto para triunfar en la lucha con quienes se lo disputen.

Sin embargo, la situación ideal es aquella en la que el príncipe es fuerte y querido por su pueblo:

> Por estas razones el príncipe que tiene una ciudad bien fortificada y está seguro del afecto de sus habitantes, no puede ser acometido con ventaja; porque las cosas de este mundo se hallan de tal modo sujetas a mudanza, que es casi imposible se mantenga el agresor con su ejército rodando un año entero fuera de sus propios estados, y delante de una plaza que esté tan bien defendida (7).

---

(6) MAQUIAVELO, Nicólas. *El Príncipe*. Madrid, Editora EDAF S.A., 1989. Cap. XV. p. 77.

(7) MAQUIAVELO, Nicólas. *El Príncipe*. Madrid, Editora EDAF S.A., 1989. Cap. X, p. 58.

En síntesis, Maquiavelo se aproxima al poder y lo mide utilizando elementos de la historia y, también, su propio criterio frente al mundo de su tiempo. En este sentido, se aproxima al fenómeno con preguntas típicas del sociólogo, aunque su discurso final sea el de un consejero de príncipe que busca facilitarle el poder en cantidad y calidad.

En su criterio, los elementos objetivos del poder son las buenas leyes y la fuerza. Subjetivamente, el poder consistirá en el desarrollo de capacidades que permitan ejercitarlo con ventaja sobre los oponentes. El príncipe no debe reparar en medios ni reglas para obtener e incrementar su poder. Sin embargo, la mejor alternativa es aquella en la que el gobernante encuentra de su lado la aceptación del pueblo y la fuerza bien empleada. Desde luego, pocos podrán hacerlo con la ponderación necesaria.

Mientras muchos, antes y después de él consideraron que el poder debía ser tratado exclusivamente como un problema moral, Maquiavelo introdujo un criterio de medición y de apreciación del poder en sí mismo, como un factor de la política, que crecía o disminuia según las habilidades y las decisiones del gobernante. En este sentido, se adelantó a las concepciones de naturaleza sociológica que surgirán con fuerza a partir del siglo XIX.

Juan Bodino escribió sus *Seis libros de la República* en la última parte del siglo XVI. No adoptó la posición analítica de Maquiavelo en relación al poder, pero sí lo caracterizó como un poder soberano, sin límites terrenos, sometido sólo a Dios y la Ley Natural. Dio fundamento, de esta manera, a la monarquía absoluta que emergía ya en Europa occidental como la forma de gobierno más avanzada de la época. Todo comienza para Bodino con el carácter esencial que el poder tiene para la organización política:

«Pero del mismo modo que el navío sólo es madera, sin forma de barco, cuando se le quitan la quilla que sostiene los lados, la proa, la popa y el puente, así la república, sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de esta y todas las familias y colegios en un solo cuerpo, deja de ser república» (8).

---

(8) BODINO, Juan. *Los seis libros de la República*. Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 2, p. 19.

En realidad, el poder se manifiesta para nuestro autor como la atribución de regular la vida social a través de las leyes:

"[...] cargos comunes, patrimonio común, dietas comunes, amigos y enemigos comunes, no determinan la existencia de un estado común [...], sino el poder soberano de dar la ley a cada uno de sus súbditos" (9).

Según Bodino el poder público es soberano y llega a ser tal si contiene conjuntamente las dos características de ser perpetuo y absoluto. Sobre el carácter perpetuo dice:

> [...] es preciso ahora aclarar lo que significa poder soberano. Digo que este poder es perpetuo, puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o a varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido este, no son más que súbditos. Por tanto, no puede llamárseles príncipes soberanos cuando ostentan tal poder, ya que solo son sus custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es este quien permanece siempre en posesión del poder (10).

Y sobre el carácter absoluto dice:

> Examinemos ahora la otra parte de nuestra definición y veamos qué significan las palabras poder absoluto. El pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el estado a su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación [...]
>
> Así, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las

---

(9) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 7, p. 46.

(10) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, pp. 46-47.

condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural (11).

Este poder no reconoce límites dentro de la estructura política sobre la que se ejercita:

> [...] la persona del soberano está siempre exenta en términos de derecho, por mucho poder y autoridad que dé a otro. Nunca da tanto que no retenga más para sí, y jamás es excluido de mandar o de conocer por prevención, concurrencia o evocación, o del modo que quisiere, de las causas de las que ha encargado a su súbdito, sea comisario u oficial, a quienes puede quitar el poder atribuido en virtud de su comisión u oficio, o tolerarlo todo el tiempo que quisiera (12).

Tampoco está sometido a otros límites externos que no sean Dios, la Naturaleza y el Derecho de Gentes (entendido en el sentido romanista):

> Si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos. Y al contrario, puede suceder que uno de los súbditos esté dispensado y exento de todas las leyes, ordenanzas y costumbres de su república, y no por ello será príncipe ni soberano [...] El súbdito que está exento de la autoridad de las leyes siempre queda bajo la obediencia y sujeción de quienes ostentan la soberanía. Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía (13).

---

(11) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, p. 50.

(12) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, p. 47.

(13) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, pp. 51-52.

En definitiva, Bodino desarrolla una teoría del poder político cuyos rasgos principales son los siguientes:

- El poder es el elemento esencial de la organización política porque vertebra y da sentido a todos los demás elementos.
- El poder tiene que ser absoluto y perpetuo para el gobernante, sin restricción alguna dentro de la organización política. Si estas características no ocurren a cabalidad, entonces el poder no es soberano y, en realidad, no reside en quien lo ejerce.
- El soberano está más allá de las leyes y lo esencial de su poder es dictar las leyes para los demás sin estar atado a ellas.
- Los únicos límites al poder son Dios, el Derecho Natural y el Derecho de Gentes.

Tiene la virtud de estructurar una doctrina clara y consistente sobre el poder político pero no pretende estudiarlo en su realidad misma. Es prescriptivo, no analítico. Sin embargo, bueno es decirlo, las concepciones de Bodino permanecen entre nosotros: muchos de los conceptos que rodean a la soberanía del poder público, son aún calcados de sus escritos.

Los límites de Dios, el Derecho Natural y el Derecho de Gentes serán siempre relativos en la sociedad política porque el pueblo no ejercita control alguno y porque la institucionalidad estatal (aún en germen) no podrá limitar cabalmente al príncipe del que habla Bodino. En la práctica, el poder absoluto sobre la tierra residirá en el gobernante, quien estará sujeto a sus propias reglas morales. Los demás, deberán obedecerle.

Bossuet fue un cerrado defensor de la monarquía absoluta y escribió una obra para fundamentarla. En su concepto el poder viene directamente de Dios al gobernante:

«Dios estableció a los reyes como ministros suyos y por medio de ellos reina sobre los pueblos.- Ya hemos visto que todo poder procede de Dios (Rom XIII,1,2).

«El príncipe, añade San Pablo, es ministro de Dios para el bien. Pero si haces el mal, teme, que no en vano lleva la espada. Es ministro de Dios, vengador para castigo del que obra mal» (Rom XIII, 4).

Los príncipes obran como ministros de Dios y lugartenientes suyos en la tierra. Por medio de ellos ejerce su mando. «Ahora tratáis de triunfar contra el reino del Señor, que está en manos de los hijos de David» (I Par XIII, 8).

Esta es la razón de que hayamos visto que el trono real no es el trono de un hombre, sino el del mismo Dios. «Dios eligió a mi hijo Salomón para sentarse en el trono del Señor sobre Israel» (I Par XXVIII, 5). Y añade: «Salomón se sienta sobre el trono del Señor» (I Par XXIX, 23)» (14).

Este poder no admite par en la tierra porque viene directamente de Dios. Entre otras cosas, para Bossuet esto quería decir que el pueblo no tenía intervención ni cuenta que tomar del ejercicio del poder: la relación del gobernante era directa y exclusiva con Dios. Sin embargo esta situación no era equivalente a que el ejercicio del poder quedara al arbitrio del gobernante. Por el contrario, Dios exigía que lograra el bien general:

> Dios, en efecto, ha formado a todos los hombres del mismo barro, e igualmente ha puesto en sus almas su imagen sin establecer entre ellos distinciones para hacer por un lado los orgullosos, y por otro los esclavos y miserables. No ha hecho a los grandes más que para proteger a los pequeños; no ha dado su poder a los reyes más que para procurar el bien público, y para ser el soporte del pueblo (15)

Sin embargo, por grande que sea este poder, no es absolutamente libre ni para el monarca más poderoso: está bajo la tutela de la ley natural, divina y humana.

La justicia divina excluye el poder arbitrario.- Bajo la justicia de Dios no existe ningún poder libre, por su naturaleza, de la ley natural, divina o humana» (16).

---

(14) BOSSUET. *Política sacada de las Sagradas Escrituras.* Madrid, Editorial Tecnos, 1974. Libro III, art. 2, p. 54.

(15) BOSSUET. *Política sacada de las Sagradas Escrituras.* Madrid, Editorial Tecnos, 1974. Libro III, art. 3, p. 59.

(16) BOSSUET. *Política sacada de las Sagradas Escrituras.* Madrid, Editorial Tecnos, 1974. Libro VIII, art. 1, p. 197.

El concepto de Bossuet, en definitiva, es el de un poder absoluto y transmitido directamente por Dios al Monarca (que es el gobernante que Bossuet siempre imagina cuando trata el tema). Sin embargo, no es un poder libre ni arbitrario. Además de someterse a la ley natural, divina y humana, debe ser conforme a la finalidad establecida: la de realizar el bien de todos. No hay un análisis del poder real pero sí una prescripción sobre su naturaleza y límites.

John Locke desarrolla su teoría política a partir de los conceptos de *estado de naturaleza* y de *estado de sociedad* o *commonwealth*. Según sus concepciones, ambos estados están regidos por ciertas reglas siempre establecidas y que constituyen el Derecho Natural. Sin embargo, existe una diferencia precisamente en relación al uso del poder: en el *estado de naturaleza* cada persona interpreta la norma y aplica las sanciones a los demás que la violan según su saber y entender. En el *estado de sociedad* tienen una autoridad común que realiza dichas tareas para garantizar una mejor equidad en las decisiones. Pero lo importante es que las relaciones de *estado de naturaleza* son cualitativas: ocurren en cualquier condición en la que dos seres humanos carecen de autoridad superior a ellos. Por tanto, también el concepto será aplicable a las relaciones entre un monarca absoluto más allá de la ley y sus súbditos. Dice:

> Resulta, pues, evidente que la monarquía absoluta, a la que ciertas personas consideran como el único gobierno del mundo, es, en realidad, incompatible con la sociedad civil, y, por ello, no puede ni siquiera considerarse como una forma de poder civil. La finalidad de la sociedad civil es evitar y remediar los inconvenientes del estado de Naturaleza que se producen forzosamente cuando cada hombre es juez de su propio caso, estableciendo para ello una autoridad conocida a la que todo miembro de dicha sociedad pueda recurrir cuando sufre algún atropello, o siempre que se produzca una disputa y a la que todos tengan obligación de obedecer. Allí donde existen personas que no disponen de esa autoridad a quien recurrir para que decida en el acto las diferencias que surgen entre ellas, esas personas siguen viviendo en un estado de Naturaleza. Y en esa situación se encuentran, frente a frente, el rey absoluto y todos aquellos que están sometidos a su régimen.

Al partirse del supuesto de que ese príncipe absoluto reúne

en sí mismo el poder legislativo y el poder ejecutivo sin participación de nadie, no existe juez ni manera de apelar a nadie capaz de decidir con justicia e imparcialidad, y con una autoridad para sentenciar, o que pueda remediar y compensar cualquier atropello o daño que ese príncipe haya causado por sí mismo o por orden suya. Ese hombre, lleve el título que lleve, Zar, Gran Señor o el que sea, se encuentra tan en estado de Naturaleza con sus súbditos como con el resto del género humano. Allí donde existen dos hombres que carecen de una ley fija y de un juez común al que apelar en este mundo para que decida en las disputas sobre derechos que surjan entre ellos, los tales hombres siguen viviendo en estado de Naturaleza y bajo todos los inconvenientes del mismo. La única diferencia, lamentable además, para el súbdito, o más bien, para el esclavo del príncipe absoluto, es que en el estado de Naturaleza dispone de libertad para juzgar él mismo de su derecho y para defenderlo según la medida de sus posibilidades, pero cuando se ve atropellado en su propiedad por la voluntad y por la orden de un monarca no sólo no tiene a quién recurrir, como deben tener todos cuantos viven en sociedad, sino que, lo mismo que si lo hubieran rebajado de su estado común de criatura racional, se le niega la libertad de juzgar de su caso o de defender su derecho. De ahí que se vea expuesto a todas las miserias y a todos los males que se pueden esperar de quien, encontrándose sin traba alguna en un estado de Naturaleza, se ve, además, corrompido por la adulación e investido de un inmenso poder (17).

El uso de poder que hace el monarca absolutista no solamente es excluyente del *estado de sociedad* sino que, inclusive, degrada la relación porque el súbdito se halla ante el ejercicio de una violencia en la que no tiene libertad de ejercer su criterio y, además, está ante un enemigo corrompido por la adulación y armado con sus fuerzas militares o de policía.

---

(17) LOCKE, John. *Two Treatises of government*. Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap. VII, pp. 326-327, par. 90-91. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

Hay aquí una concepción del poder que se fundamenta en el ejercicio de autoridad independiente de los intereses de las partes y eso, precisamente, será el fundamento del poder dentro de la organización política. No es una definición de lo que el poder es, pero sí una prescripción de cómo debe ser. La consecuencia que Locke extrae de todo ello es que cuando el poder no es ejercitado de esta manera, la relación entre humanos que se produce en dicho contexto no pertenece al orden del *estado de sociedad* sino al del *estado de naturaleza,* que es prepolítico y retorna por tanto a la pura fuerza. Las consecuencias de ello para el derecho de insurgencia eran clarísimas y no escaparon al propio autor que dio estas dos vías en sus textos:

> Existe otro modo por el que se puede llegar a la disolución de un gobierno de esa clase, a saber: cuando quien detenta el poder ejecutivo supremo se despreocupa o abandona esa obligación, hasta el punto de que ya no puedan aplicarse las leyes existentes. Eso equivale abiertamente a llevar a la sociedad a la anarquía, y a disolver en realidad el gobierno. Las leyes no se hacen porque sí, sino para su aplicación y para constituir de ese modo los lazos con que la sociedad mantiene a cada parte del cuerpo político en su lugar y funciones debidas. Cuando éstas cesan por completo, es evidente que cesa también el gobierno, y el pueblo se convierte en multitud confusa, sin orden ni entrelazamiento. Allí donde deja de administrarse justicia para la salvaguardia de los derechos de los individuos, y no queda dentro de la comunidad un poder que maneje la fuerza y provea a las necesidades públicas, no ha quedado realmente ningún gobierno. No poder ejecutarse las leyes equivale simplemente a la no existencia de leyes, y yo creo que un gobierno sin leyes resulta en política un misterio inconcebible para la inteligencia humana, que es incompatible con la existencia de la sociedad (18).
>
> Existe, en segundo lugar, otro modo de disolución de los go-

---

(18) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap. XIX, pp. 410-411, par. 219. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

biernos y es cuando el poder legislativo o el monarca, lo mismo el uno que el otro, actúan en forma contraria a su misión.

> El cuerpo legislador actúa de manera contraria a la misión que se le ha confiado cuando trata de invadir lo que constituye propiedad de los súbditos, haciéndose ellos mismos, o haciendo a una fracción de la comunidad, dueños o soberanos absolutos de las vidas, libertades y bienes del pueblo (19).

El poder, además, no debe ser ejercitado arbitrariamente. Los elementos esenciales de lo que hoy conocemos por Estado de Derecho se hallan ya en John Locke al señalar que las leyes preestablecidas son necesarias para el correcto ejercicio de la autoridad, de manera que cada uno sepa sus deberes y derechos y, también, los límites del ejercicio del poder mismo. Después de todo, el poder tiene en Locke la finalidad de lograr el bienestar social y por ello, precisamente, fue establecido al pasar del *estado de naturaleza* al *estado de sociedad*:

> Así como el poder de que dispone el gobierno le ha sido conferido únicamente para el bien de la sociedad, y no debe ser arbitrario y ejercido a capricho, de esa misma manera debe ser ejercido por medio de leyes establecidas y promulgadas. De ese modo, estará el pueblo en condiciones de conocer sus deberes, y vivirá seguro y a salvo dentro de los límites de la ley; los gobernantes, por su parte, se mantendrán dentro de los límites debidos, y el poder que tienen en sus manos no los empujará a emplearlo para finalidades y recurriendo a medidas que los miembros de la sociedad no conocen y a las que no se habrían acomodado voluntariamente" (20).

---

(19) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap. XIX, p. 412, par. 221. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

(20) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap. XI, p. 360; par. 137. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

Y que la ley debe ser cierta, preexistente, no arbitraria y democráticamente establecida por aquellos que tienen el mandato del pueblo, queda claramente dicho en el siguiente pasaje:

> He aquí los límites que la misión que le ha sido encomendada por la sociedad y por la ley de Dios y la ley natural impone al poder legislativo de toda comunidad política, cualquiera que sea su forma de gobierno: 1. Tienen que gobernar de acuerdo con leyes establecidas y promulgadas, que no deberán ser modificadas en casos particulares, y tendrán que ser idénticas para el rico y para el pobre, para el favorito que está en la Corte y para el labrador que empuña el arado. 2. Tales leyes no tendrán otra finalidad, en último término, que el bien del pueblo. 3. No se deberán percibir impuestos sobre los bienes del pueblo sin el consentimiento de éste, que lo dará directamente o por medio de sus representantes. Esto se refiere casi exclusivamente a los gobiernos en que el poder legislativo funciona de una manera permanente, o por lo menos en aquellas comunidades políticas en que el pueblo no ha reservado una parte del poder legislativo a representantes que él elige de tiempo en tiempo. 4. El poder legislativo no debe ni puede transferir la facultad de hacer leyes a ninguna otra persona; tiene que dejarla allí donde el pueblo la situó (21).

Podemos así concluir que, según Locke, el poder debe ser ejercitado dentro de los límites de la Ley Natural y de la las determinaciones establecidas por el pueblo al pasar del *estado de naturaleza* al *estado de sociedad*. Que el poder debe ser ejercitado a través de normas preestablecidas y de permanencia que garanticen el conocimiento de derechos, deberes y límites a la autoridad. Que el gobernante debe estar sujeto a leyes y a otras autoridades para que no ejercite un poder absoluto sobre el súbdito (compartiendo el poder con otros órganos pues, si bien Locke no elabora una teoría de separación de poderes en sentido estricto,

---

(21) LOCKE, John. *Two Treatises of government*. Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap.XI, p. 363; par. 142. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

trabaja sobre la división operada por la Revolución Gloriosa de 1688 entre monarca y Parlamento), y todo ello debe realizarse dentro del respeto al encargo legislativo dado por el pueblo a los elegidos. Es un concepto de poder enmarcado dentro de límites bastante precisos.

Rousseau establece los marcos generales de la democracia radical contemporánea. Considera que el paso del *estado de naturaleza* al *estado de sociedad* se produce para garantizar la libertad y propiedad de todos y para ello, los miembros del pueblo contratan entre sí mismos dándose cada uno al otro una alícuota de poder de manera que lo que gana cada uno de los otros es lo que cada uno pierde y viceversa. Así, el poder reside en el pueblo reunido como conjunto, que es el *soberano* que detenta la soberanía:

"Así como la naturaleza ha dado al hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. Es éste el mismo poder que, dirigido por la voluntad general, toma, como ya he dicho, el nombre de soberanía» (22).

Este es un poder absoluto que resulta determinado por la voluntad general expresada por los ciudadanos (según Rousseau esta voluntad general no requiere unanimidad sino mayoría simple). Sin embargo, al realizar el pacto social no se enajena todo el poder sino sólo la parte necesaria. ¿Cuál es esta parte necesaria? Dice Rousseau que el mismo pueblo la determinará:

> Conviénese en que todo lo que cada individuo enajena, mediante el pacto social, de poder, bienes y libertad, es solamente la parte cuyo uso es de trascendencia e importancia para la comunidad, mas es preciso convenir también que el soberano es el único juez de esta necesidad.
>
> Tan pronto como el cuerpo soberano lo exija, el ciudadano está en el deber de prestar al Estado sus servicios; mas éste, por su par-

---

(22) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social.* Madrid, Taurus Ediciones S.A, 1966. Libro II, Cap. IV, p. 34.

te, no puede recargarles con nada que sea inútil a la comunidad; no puede ni aun quererlo, porque de acuerdo con las leyes de la razón como con las de la naturaleza, nada se hace sin causa (23).

Desde luego que habrá un gobierno encargado de las labores ejecutivas, pero será un *comisionado* del pueblo que ni contrata con él ni puede aspirar a otra garantía que la que le dé o le quite en cada caso el pueblo mismo. Esto hace que el poder sea ejercitado de acuerdo a ciertas reglas que él llama de rango y de acuerdo a ley, y que vincula a la igualdad esencial que deben tener las personas en la sociedad. (Desde luego, para Rousseau también la conceptualización de la riqueza y su rol social es importante para la igualdad, como queda reafirmado en la cita que transcribimos):

Ya he dicho lo que entiendo por libertad civil. En cuanto a la igualdad, no debe entenderse por tal el que los grados de poder y de riqueza sean absolutamente los mismos, sino que el primero esté al abrigo de toda violencia y que no se ejerza jamás sino en virtud del rango y de acuerdo con las leyes; y en cuanto a la riqueza, que ningún ciudadano sea suficientemente opulento para poder comprar a otro, ni ninguno bastante pobre para ser obligado a venderse, lo cual supone de parte de los grandes, moderación de bienes y de crédito, y de parte de los pequeños, moderación de avaricia y de codicia (24).

El poder para Rousseau es esencialmente popular, absoluto, pero respetuoso de los límites que imponen la libertad y la propiedad. El gobernante no tendrá más poder que el que le permita el pueblo y, en todo caso, debe ser ejercitado de acuerdo a rango y ley.

Como podemos apreciar del estudio de estos clásicos connotados, lo esencial del poder para ellos es lo siguiente:

- Todos, de una u otra manera, prescriben sobre el poder, general-

---

(23) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social.* Madrid, Taurus Ediciones S.A, 1966. Libro II, Cap. IV, p. 34.

(24) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social.* Madrid, Taurus Ediciones S.A, 1966. Libro II, Cap. XI, p. 55.

mente con criterios de ética. Cada uno tiene un concepto distinto al de los demás pero todos coinciden en que debe haber ciertas reglas de uso que se deben acomodar a principios y al bien común. Esta reflexión es aplicable inclusive a Maquiavelo.

- Todos parten de que el poder es consustancial a la organización política porque vertebra todos los elementos de la sociedad, dándoles dirección e impulso. Puede decirse que no hay sociedad política sin poder.

- Hay diferencias marcadas entre todos ellos en relación al origen del poder. Para algunos viene directamente de Dios y, por consiguiente, el pueblo no tiene injerencia en él. Bossuet es el más claro defensor de esta posición. Para otros, tiene origen en las reglas que el pueblo establezca (normalmente, según la teoría, en el *contrato social*) y el más claro exponente de esta posición es Rousseau. Finalmente, Maquiavelo considera que es el gobernante mismo el que puede modelar con su conducta el poder que adquirirá. Si bien en su obra *virtú* y fortuna tienen ambas que ver con el destino del príncipe, sus capacidades propias son muy importantes. Esto no excluye que el apoyo popular sea trascendente pero nuevamente, a ojos de Maquiavelo la posibilidad de que el príncipe cuente o no con él depende de su actuación.

- De entre todos ellos, Maquiavelo es el único que se adelanta a su tiempo y estudia el poder *como es*. Lo hace analizando la experiencia de grandes gobernantes a lo largo de la historia y extrayendo lo que, a su juicio, es relevante como lección para el Príncipe que, él desea, unifique por fin a Italia. Será recién en el siglo XIX que la sociología positiva inicie el estudio del poder como fenómeno social, paralelamente a los esfuerzos de los constitucionalistas por encerrarlo dentro de límites jurídico-políticos.

Un autor clásico en materia de análisis social es Weber. Sobre el poder dice lo siguiente:

> «Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad.

Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas; por disciplina debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia para un mandato por parte de un conjunto de personas que, en virtud de actitudes arraigadas, sea pronta, simple y automática.

El concepto de poder es sociológicamente amorfo. Todas las cualidades imaginables de un hombre y toda suerte de constelaciones posibles pueden colocar a alguien en la posición de imponer su voluntad en una situación dada. El concepto de dominación tiene, por eso, que ser más preciso y sólo puede significar la probabilidad de que un mandato sea obedecido.

El concepto de disciplina encierra el de una «obediencia habitual» por parte de las masas sin resistencia ni crítica (25).

La aproximación de Weber al concepto de poder está desligada de cualquier contenido ético o prescriptivo. Toma a la idea como un hecho objetivo que, inclusive, no depende siquiera de la capacidad de la persona. Hay que notar que no toma en cuenta como variables definitorias ninguna de dichas cualidades del sujeto con poder. Por el contrario, da como definición la probabilidad de que imponga su voluntad.

También es importante la diferenciación entre poder de un lado y la dominación y la disciplina del otro. En estos dos últimos casos, estamos ante formas de obediencia, es decir, de acatamiento de las decisiones de quien da las órdenes. El poder es distinto a ellas porque logra sus objetivos bien mediante obediencia bien mediante otras formas de imposición. En cierta medida, poder es un género que abarca diversas especies (que no se reducen exclusivamente a la dominación y la obediencia).

Sánchez Agesta, desde la perspectiva constitucional, define precisamente al poder como productor de obediencia. Dice:

---

(25) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Economica, 1984,. p. 43.

El poder es una causa, una energía, un impulso que, como tal, tiende a producir un efecto. Acto de poder es, en general, aquel que influye en la conducta de otro o de otros hombres. Pero el poder no es una causa en el orden de la naturaleza física, sino en el orden moral de la existencia humana. El movimiento que genera el impulso del poder no se transmite a través de un efecto mecánico, sino por una vía específica que corresponde a su carácter moral: la obediencia. No hay poder sin obediencia. El poder como principio motor puede definirse simplemente como la capacidad de encontrar obediencia. Mandar y obedecer son los elementos internos en que se resuelve la acción del poder y están tan íntimamente ligados entre sí que recíprocamente se engendran. Es la obediencia quien destaca y forma el imperio; el mando, a su vez, quien impone una norma de conducta a la voluntad del que obedece.

El impulso del mando surge, pues, de las mismas razones que hacen sumisa la voluntad del que obedece. No manda quien quiere, sino quien puede, quien encuentra obediencia. Esta es quizá la más curiosa paradoja del orden social. La raíz del poder hay que buscarla en los motivos de obediencia en el más estricto valor de ese término. Motivos que tienen un carácter vario, aunque estén perfectamente vinculados a la racionalidad humana. El fundamento sociológico del poder es, en su raíz, racional, pero en sus manifestaciones concretas aparece ligado a un cuadro complejísimo de motivaciones psicológicas (26).

Como en la concepción de Weber, el poder está localizado aquí en el ámbito de los hechos: manda el que es obedecido, el que encuentra obediencia. Es importante rescatar de Sánchez Agesta la idea de que el poder es una *energía*, porque hace analogía a la naturaleza: la energía es una fuerza que abre caminos. El poder lo hace a través de la actuación humana. Tal vez haya que aclarar que Weber y Sánchez Agesta utilizan la palabra *obediencia* en sentidos distintos: para Weber forma parte de una cierta situación de legitimidad (clarísima en el concepto de disciplina

(26) SANCHEZ AGESTA, Luis. *Principios de Teoría Política*. Madrid, Editora Nacional, 1983, p. 363.

y un poco más difusa en el de dominación); para Sánchez Agesta aquí la palabra obediencia parece querer decir acatamiento: no recibe obediencia quien quiere, sino quien puede y ello ocurre, según la parte final de la cita, por motivos varios. Luego el propio Sánchez Agesta indica que aunque la racionalidad forma parte de las variables que permiten la obediencia, en el fondo el cuadro completo tiene que ver con motivaciones psicológicas complejas. Sin duda, en esta parte, nuestro autor quiere aludir a otras reacciones humanas (como el miedo, los sesgos culturales y políticos, etc.) que han permitido el uso irracional y aún absurdo del poder, si lo medimos cualquier vara vinculada a la racionalidad. En definitiva, creemos que luego de este análisis, también Sánchez Agesta considera que si se produce la imposición de la voluntad el poder existe y si no ocurre tal cosa, entonces no existe.

La cita de Sánchez Agesta permite ver con mucha claridad que el poder es una fuerza ubicada en el corazón de las relaciones entre personas. Se puede mandar por diferentes razones de naturaleza ética: porque se quiere hacer el bien; porque se busca un orden esencial en el medio social; porque se tiene la pasión del poder; porque se desea imponerse sobre los demás; porque se busca hacer daño, etc. Como fenómeno objetivo, el poder no tiene coloración ética.

A su vez, el poder puede lograr su cometido de imponer la voluntad por causas independientes de la ética: puede ocurrir porque es debido para buenas causas; porque es un valor en sí mismo dentro de la organización (como en las instituciones armadas); porque la persona tiene miedo o porque simplemente tiene su voluntad anulada por la violencia, etc.

Si este es el poder en general, la objetividad y la ausencia de reglas éticas suelen presentarse con mayor énfasis en el poder político, que es el que se ejercita en los asuntos públicos. La historia está regada de abusos y de prepotencia en el ejercicio del poder.

El poder será, de esta manera, un hecho que obedece a cualquier causa que permita imponer la voluntad. Es una *energía,* una *fuerza libre* y así ocurre en la sociedad. Desde luego, una cosa es reconocer este hecho y otra aceptarlo como la mejor forma de ocurrencia del poder: la humanidad ha buscado desde mucho tiempo, y ha empezado a plasmar en los dos últimos siglos a partir del constitucionalismo, una serie de mecanismos de control del poder que han ido ganando terreno y aceptación.

Los aportes tanto de los clásicos antes reseñados, como de la sociología y politología contemporáneas, se reflejan en la obra de los tratadistas de Derecho Constitucional, quienes proyectan estas ideas al trabajo sistemático sobre el ordenamiento jurídico del Estado.

Dice Burdeau:

> Toda sociedad se ordena en torno a un cierto ideal de vida en común, se desarrolla dentro de un estado de conciencia nacido de la solidaridad por la cual sus miembros se sienten unidos. Pero no puede vivir y convertirse en una realidad histórica sin ser estimulada por un fuerza motriz que provoca y controla los movimientos en vista de los cuales se armoniza el organismo social. Esta fuerza es el Poder político. Poder y sociedad nacen juntos. No hay, pues, lugar a oponerlos como un aspecto de la antítesis libertad-autoridad. El Poder es una condición del orden y la libertad sólo es posible dentro del orden. Por ello el Poder es el fenómeno social por excelencia, porque, por una parte, no se concibe fuera de la sociedad, y, por otra, sin la actuación de un Poder, una sociedad es un cuerpo inerte avocado a la decadencia (27).

Burdeau retoma aquí el tema clásico de que el orden y la libertad (los autores liberales añadían aquí también a la propiedad) sólo son posibles en el estado se sociedad, es decir, bajo ley y con la autoridad común que la haga cumplir. Interesa a Burdeau destacar que el poder no es antitético a la libertad sino, precisamente, su condición esencial. La raigrambre de este pensamiento en la teoría del contrato social es clara.

Pero el poder no es solamente base de la libertad: es también el motor de la sociedad. Sin él está condenada a la decadencia por falta de movimiento. También este argumento ha sido visto en el pensamiento de Bodino, aunque bajo forma diferente.

Esta relación entre poder y sociedad es excelentemente expresada por nuestro autor pero, en general, es recogida como principio por toda la teoría constitucional. Sin embargo, los autores contemporáneos profundi-

---

(27) BURDEAU, Georges. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 21.

zan más que los liberales clásicos la relación entre Estado o sociedad política, poder y Derecho. Heller decía:

> Las relaciones entre el poder del Estado y el Derecho, tema de tan gran importancia y con tanta frecuencia mal entendido, pueden, de modo general, caracterizarse diciendo que todo poder político, en virtud de su propio sentido, aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por órganos estatales. Y ha de extrañar tal tendencia porque en el Estado moderno el Derecho representa normalmente la forma necesaria de manifestación, tanto desde un punto de vista técnico como ético-espiritual, de todo poder político que quiera afianzarse. Es la forma técnicamente aunque no siempre políticamente más perfecta de la dominación política, porque hace posible, por lo general y a la larga, la orientación y ordena-ción más precisas y practicables del obrar político, es decir, la previsión y la imputación más seguras de la conducta que constituye y activa al poder del Estado (28).

El planteamiento de Heller no consiste solamente en que el mejor vehículo para el ejercicio del poder es el Derecho: dice que en el Estado moderno " [...] todo poder político, en virtud de su propio sentido, aspira a la forma jurídica establecida [...]". Es decir, sostiene que contemporáneamente la mejor forma de expresarse del poder político es la forma jurídica. Este es, indudablemente, un aporte del constitucio-nalismo actual, no existente en los pensadores liberales clásicos. Si bien ellos sentaron la base del Estado de Derecho diciendo que el poder era mejor ejercido mediante leyes justas (pensamiento que ya encontramos en Maquiavelo como fue oportunamente dicho), no llegaron tan lejos como a afirmar que el poder aspira a la forma jurídica establecida. Tal vez Locke pueda contener tácitamente afirmaciones como ésta, pero no con la contundencia que las expresa Heller.

Con los constitucionalistas contemporáneos, así, queda consagrado el principio de que el poder político no debe ser en caso alguno la pura energía que queda al arbitrio del *príncipe*. Debe enmarcarse en normas que, referidas a él, regulan su utilización y sus límites. Estado, Derecho y

---

(28) HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 261.

poder político no deben caminar separados en adelante, cuando menos en la concepción doctrinal (los hechos, a veces se independizan de las normas aunque, hay que reconocer, cada vez el uso del poder puro es más difícil de encontrar en las organizaciones políticas contemporáneas y, cuando aparece, no suele durar mucho).

Es sabido que el teórico contemporáneo que asumió en todas sus dimensiones la identificación entre Estado y Derecho es Hans Kelsen. Aquí, habla de las relaciones entre estos elementos y el poder:

> Entre los tres elementos del Estado, el «poder» ocupa una posición peculiarísima. En la doctrina tradicional constituye, por así decirlo, la médula substancial del Estado, del cual creíase una necesidad afirmar con insistencia que tiene un «poder», o, simplemente, que él es «poder». Precisamente, debido a esta insistencia en la naturaleza de poder propia del Estado, vióse éste llevado a esa antítesis problemática con el Derecho, que domina toda la Teoría contemporánea del Estado. Para ello precisa comprender el elemento fundamental del Estado, el poder, en sentido fáctico, naturalista, como una especie de fuerza física que actúa en sentido causal; no podría expresar otra cosa sino el hecho real de que unos hombres someten a otros y les fuerzan a realizar una determinada conducta. Pero desde este punto de vista, no pueden nunca comprenderse las acciones humanas —y sólo a ese punto de vista son dadas tales acciones— como actos «estatales», y ningún poder, de cualquier clase que sea, podrá explicarse como poder «del Estado». La referencia específica a la unidad de una corporación, la imputación al «Estado», sólo es posible sobre la base de un orden normativo, en virtud del cual, del anchuroso campo de la conducta humana son seleccionados ciertos actos particulares humanos, cualificados desde un punto de vista específicamente normativo, y enlazados en esa unidad que constituye el «Estado». Como aquel orden sólo puede ser el orden jurídico; como el acto calificado con arreglo a las normas de acto estatal, es un acto jurídico, del mismo modo el poder del Estado tiene que ser un poder jurídico, es decir, su propia validez» (29).

---

(29) KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado.* México, Editora Nacional, 1973, p. 125.

Con Hans Kelsen Estado y Derecho son una misma cosa, inseparable, recíprocamente definible. Por consiguiente, el poder político no puede solamente aspirar a ser Derecho como en el caso de Heller. Más bien, en la medida que la organización política contemporánea de la sociedad es el Estado y que el Estado es Derecho, el poder político no puede ser sino poder jurídicamente establecido. Esta es, a nuestro juicio, la consagración de esa larga aspiración que viene desde los liberales clásicos y que pide la regulación del poder político de acuerdo a reglas de ética. Se realiza a través de la Constitución que es la que funda al Estado y le da sus normas básicas de funcionamiento y ejercicio de poder. Es de llamar la atención cómo, en un período relativamente corto de la historia de la humanidad, el constitucionalismo ha podido afirmarse y legitimarse tan profundamente, sobre todo frente a un enemigo tan poderoso y anticonvencional como es el poder político objetivamente considerado. Desde luego, a Kelsen no escapó la diferencia entre poder puro y poder jurídicamente considerado. Dice:

> La palabra «poder» tiene diferentes significaciones, de acuerdo con esos distintos usos. El Poder del Estado a que el pueblo se encuentra sujeto, no es sino la validez y eficacia del orden jurídico, de cuya unidad deriva la del territorio y la del pueblo. El «poder» del Estado tiene que ser la validez y eficacia del orden jurídico nacional, si la soberanía ha de considerarse como una cualidad de tal poder. Pues la soberanía únicamente puede ser la cualidad de un orden normativo, considerado como autoridad de la que emanan los diversos derechos y obligaciones. Cuando, por otra parte, se habla de los tres poderes del Estado, la palabra «poder» es entendida en el sentido de una función del Estado, y entonces se admite la existencia de funciones estatales distintas (30).

Kelsen admite diversas significaciones del término poder y establece claramente que, desde la teoría del Estado y del Derecho no es sino la "[...] validez y eficacia del orden jurídico [...]". En nuestro criterio, aquí ha procedido ya a identificar al Derecho con el Estado y al poder con el Derecho. En otras palabras, el Derecho es la naturaleza misma del poder y de la organización política para un jurista.

---

(30) KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado.* México, Imprenta Universitaria, 1958, p. 302.

Creemos que ésta es una forma prescriptiva de abordar el problema, que desenfoca el tratamiento a fuerza de depurar los conceptos y sus relaciones, pues olvida que existe una dimensión objetiva del poder que no puede ser negada ni siquiera desde la óptica de la teoría constitucional:

> En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor (31).

Es consustancial al constitucionalismo, como lo muestra Loewenstein en este pasaje, que haya ciertas distancias entre los aspectos formales del Derecho y lo que ocurre en la realidad. Esto es especialmente aplicable al análisis de los asuntos vinculados al poder. No es por tanto adecuado llegar, en nuestro concepto, a los intentos de identificación de Derecho y poder que hace Kelsen, particularmente en la última cita suya transcrita.

Más bien, Duverger ha trabajado el problema desde una perspectiva distinta, diferenciando los conceptos de *poder* y *poderío material*. Dice:

> Si se habla de «poder» cada vez que una relación humana es desigualitaria, cada vez que un individuo puede obligar a otro a someterse, el poder se encuentra en todas partes y todas las instituciones tienen un carácter político. Debe efectuarse una distinción fundamental entre el poderío material y el poder: el primero reposa so-

---

(31) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 165.

lamente en la posibilidad de coaccionar a otro; el segundo se basa, además, en la creencia del coaccionado de que es legítimo aceptar la coacción (32).

Introduce aquí una diferencia no desarrollada por quienes hemos citado antes entre:

- La posibilidad de coaccionar a otro de hecho y
- La de que quien es coaccionado considere dicha situación como legítima.

El poderío material consiste en lo primero, es decir, en el ejercicio de la fuerza sobre los demás para que actúen como deseamos. Este y no otro es el significado de la palabra coacción: es ejercitar la fuerza sobre otro (y se distingue del concepto coerción que es la amenaza o inminencia de ejercicio de la fuerza).

Lo segundo es el poder, que consiste en una relación en la que el obligado a actuar de determinada manera considera legítimo que, de ser preciso, se le coaccione en dicho sentido. El poder sería, por tanto, una relación humana en la que puede ejercitarse la fuerza para imponer a otros que actúen en determinado sentido, pero con conciencia por parte de quienes deben cumplir las decisiones de quien detenta el poder, que dicha situación es legítima. Lo aclara meridianamente en otro párrafo:

> Poder y creencias.- En tanto que se obedece solamente porque se está coaccionado a hacerlo, por la presión física, la dominación económica o el encuadramiento colectivo, no existe realmente poder, sino sólo poderío. El poder aparece cuando los que obedecen creen, además, que es normal que ellos obedezcan, que esto es bueno, justo, legítimo. Así el poder comprende dos elementos: 1) La coacción material; y 2) la creencia de que esta coacción está bien fundada (33).

---

(32) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 26.

(33) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 28.

Y recién luego de las afirmaciones anteriores, precisa lo que, según él, son las relaciones entre el poder y el Derecho:

> En las sociedades modernas, el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder. No toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del derecho, y un análisis puramente jurídico de las instituciones políticas proporcionaría una visión parcial y falsa. Pero una gran parte de la actividad del poder se realiza a través del derecho. Las Constituciones, los códigos, las leyes, los reglamentos, las decisiones administrativas, las sentencias de los tribunales son procedimientos de acción fundamentales del poder. En ellos se fundan sus dos elementos: el elemento coacción y el elemento legitimidad (34).

Derecho y poder político son círculos secantes: cada uno de ellos tiene su propio ámbito, no tocado por el otro, pero en una zona también extensa, se tocan entre sí de tal manera que el poder se sirve en mucho del Derecho. No se trata aquí de la identificación ya criticada entre ambos conceptos que realiza Kelsen. Por el contrario, cada uno de ellos tiene independencia del otro y, por consiguiente, son dos fenómenos distintos aunque vinculados entre sí. Es más, Duverger sostiene que el poder analizado jurídicamente produciría una visión parcial y falsa de él mismo.

Consideramos que la opinión de Duverger establece una sana distinción entre lo propiamente politológico y lo jurídico en el tratamiento del poder. Esto corresponde, por lo demás, a las líneas matrices de todo el desarrollo anterior: el poder como energía y fenómeno objetivo, y el mismo poder como elemento de la sociedad política regulado para conducirse por caminos más civilizados que los que tuvo originalmente en las sociedades.

Loewenstein tiene, también, una aproximación propia al tema:

> El poder es una relación sociopsicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder —serán de-

---

(34) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 33.

nominados los detentadores del poder— y aquellos a los que va dirigido —serán aquí designados como los destinatarios del poder—. Dentro del marco de la sociedad, el Estado se presenta como la forma exclusiva o preponderante, según la situación histórica, de la organización sociopolítica. En la sociedad estatal, el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder. Por control social, en el estricto sentido de la ciencia política contemporánea, se debe entender la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del poder de obligar a los destinatarios del poder a obedecer dicha decisión (35).

En Loewenstein, el poder asume las siguientes características:

- Como fenómeno puro es una relación sociopsicológica, es decir, que no tiene caracteres jurídicos sino sociales y psicológicos. Es una relación entre los dos polos: el que lo ejerce y el que recibe su influjo. Como tal parece no estar sujeto a reglas ni a límites. Esta es una definición que tiene semejanza con las provenientes de la ciencia política y la sociología. Aquí, el poder puede ser analizado, discriminado y eventualmente medido. La aproximación no es prescriptiva.

- Loewenstein acepta que contemporáneamente, sin embargo, la forma exclusiva o en todo caso preponderante de poder social es el Estado. Aquí se retoma el discurso que han venido desarrollando los constitucionalistas antes reseñados. Sin embargo, para nuestro autor no parece tratarse de un fenómeno ontológico, en el sentido que el Estado y el poder tengan entre sí una relación necesaria y válida por sí misma. Más bien, considera que es un fenómeno histórico, esto es, relativo en el tiempo: el Estado no fue forma por antonomasia del poder en el pasado, ni lo será necesariamente en el futuro.

- Loewenstein entiende que el poder se manifiesta como control so-

---

(35) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, pp. 26-27.

cial dentro del Estado lo que en realidad es la función de tomar una decisión y la capacidad de imponerla bajo forma de obediencia. Dentro del Estado, entonces, el poder político no es ya el fenómeno puramente sociopsicológico al que se ha referido inicialmente, ni la sola energía de que hablan los politólogos. Más bien, según la clasificación de conceptos que hacía Weber, se trata de una dominación, es decir, de un proceso en el que se generan obediencias y no puramente imposiciones de hecho. Tiene una formulación que implica institucionalidad.

Esta institucionalidad no es sino el esfuerzo de establecer equilibrios en el poder social para garantizar la libertad:

«En el Estado moderno, constitucional y democrático, la esencia del proceso del poder consiste en el intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desarrollo de la personalidad humana» (36).

Esto quiere decir para Loewenstein, como a su turno ocurre con los demás constitucionalistas estudiados, y con los pensadores liberales clásicos, el poder no puede ser ilimitado e irrestricto. Por el contrario, tiene que tener límites para garantizar la vigencia de derechos y de otros valores de la sociedad. Se retoma así la función constitucional de limitación del poder por las normas de la organización política. Dice:

> Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder —¿y dónde se pueden encontrar?— serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. En nuestra exposición ha sido hasta ahora usado el concepto de «poder» para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin

---

(36) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 27.

embargo, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder (37).

Es interesante que utilice la fórmula aristotélica que considera las formas de organización política y sus degeneraciones. Aquí, Loewenstein no sólo considera pertinente controlar al poder porque eso es bueno en sí mismo, sino también porque el poder se corrompe al ser malo por naturaleza si no está controlado. Hay que notar que avanza un punto más que los pensadores anteriores: el control del poder político es necesario *por la naturaleza maléfica misma del poder.*

De esta manera, y luego de revisar a los autores políticos liberales más importantes en nuestro criterio para la materia, así como los trabajos de constitucionalistas teóricos destacados, concluimos que existe una gran coherencia a través de varios siglos de estudio del poder político, aunque las aproximaciones de cada época hayan tenido también sus diferencias:

- Existe una aproximación al poder en sí mismo como fenómeno de las relaciones humanas, que no busca establecerle parámetros éticos o de otro tipo, sino estudiarlo como es. En la historia moderna, Maquiavelo es uno de los precursores de esta aproximación. Sin embargo, ella empieza a desarrollarse sistemáticamente a partir del siglo XIX. Los teóricos del constitucionalismo de los siglos XIX y XX hacen coexistir en muchos casos, esta aproximación al poder con aquella otra que les es propia: la de un poder regulado mediante prescripciones jurídicas.

  Cuando los politólogos y los sociólogos se refieren al poder expresan diferentes conceptos. Uno que es común a todos es que para la

---

(37) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 28.

organización política, el poder es el gran vertebrador y, además, el espíritu dinámico. En efecto, consideramos que esta es una de sus características esenciales y aceptadas.

En cuanto a su naturaleza, algunos autores dicen que es una *posibilidad* de imposición; otros que es una *capacidad* de imposición y, finalmente, otros que es el *hecho* de la imposición. Conceptualmente no son términos iguales: la posibilidad es aleatoria porque puede finalmente materializarse o no; la capacidad da al poder una existencia por sí misma, casi una consistencia; el hecho lo toma como un fenómeno de la realidad que se materializa en una relación determinada que puede o no repetirse y, según eso, habrá o no poder.

Desde el punto de vista objetivo, nosotros consideramos que lo más correcto es considerar al poder como el hecho de que unos impongan a otros su voluntad.

No lo consideramos una capacidad porque ello supondría en principio que el poder reside en determinadas personas e instituciones. Esto no es correcto porque el poder aumenta y disminuye, aparece o desaparece, según distintas circunstancias y, por consiguiente, tiene que ser medido en cada situación. No tiene un volumen determinado.

No lo consideramos únicamente una probabilidad, porque el poder es una energía que conduce a resultados y hay que estudiarlo en función de esa direccionalidad. Las fuerzas se estudian por lo que producen, no por sus virtualidades.

- Los teóricos liberales, y más aún los constitucionalistas de los dos últimos siglos, han considerado indispensable regular al poder político para así obtener la vigencia social de otros principios y valores como la seguridad, la libertad, la propiedad y la igualdad. Si bien cada uno de los autores ha dado diversa importancia a estos elementos, todos han considerado que el control del poder político es esencial para que puedan existir.

- Fue el desarrollo de las Constituciones el que permitió abordar

sistemáticamente en el mundo occidental el control jurídico del poder. Se ha tratado de un proceso, que ha ido calando progresivamente en la conciencia de los pueblos a través del mejoramiento de las instituciones y de las condiciones de vida. Si bien un análisis desapasionado de la sociedad puede encontrar grandes defectos y limitaciones en el control del poder como fenómeno objetivo, sí es razonable decir que desde el siglo XVIII hasta finales del XX, se han hecho avances notorios. Es de esperar que el proceso continue.

- Al trabajar con el poder y su control desde el punto de vista constitucional, hay que cuidarse de no confundir la teoría con la realidad. Algunos constitucionalistas llegan a hacerlo al identificar el poder con el Derecho. Kelsen es en nuestro entender la expresión más acabada de esta manera de pensar. Consideramos que es una aproximación equivocada porque el poder es siempre un hecho, una energía, que suele escapar a los marcos del Derecho. La distancia que la teoría encuentra entre la Constitución formal y la Constitución real es un reconocimiento teórico de este hecho. En nuestro criterio es siempre indispensable tener en cuenta las diferencias entre lo prescriptivo y lo que en realidad ocurre. Lo haremos al trabajar el análisis constitucional a través de esta obra.

En síntesis, las Constituciones tienen como causa final la regulación del poder político. Por consiguiente, su estudio debe tener como última razón el establecer cómo se utiliza tal poder, y si las reglas de la Constitución funcionan o no adecuadamente y en qué sentido.

Las normas constitucionales no tienen valor en sí mismas, sino en tanto son útiles para regular el poder político en lo que éste puede hacer, en lo que debe hacer y en lo que le está prohibido. Su medida es la manera como logran regular el poder en sus diversos aspectos.

1.1.1. Las variables que intervienen en el estudio constitucional

Un trabajo de esta naturaleza tiene que utilizar variables específicas que le permitan conocer el comportamiento de la Constitución frente al poder. Por ejemplo: si sólo nos fijamos en el texto de la Constitución, perderemos de vista necesariamente los incumplimientos y las costum-

bres que, de diversa manera, alteren el contenido literal de la Carta para establecer mutaciones(38) de mayor o menor significación. A la inversa, si sólo hacemos un reportaje a la realidad del ejercicio del poder, podremos perder de vista los detalles de la normatividad existente que expliquen, por coerción, la ausencia de determinadas conductas prohibidas o susceptibles de sanción.

Entonces, es preciso tratar de establecer, de manera sistemática, todas las variables de estudio de una Constitución. Las que nosotros utilizaremos en el trabajo que sigue son las que exponemos a continuación.

1.1.1.1. El texto de la Constitución

En el Derecho escrito, el texto tiene siempre una importancia fundamental, porque manifiesta el contenido de la norma. Las palabras y su orden gramatical comunican el sentido del mandato que ha decidido establecer el órgano que elaboró la Constitución.

Existen ámbitos del Derecho en los que la letra de la ley es prácticamente definitoria del significado. Ocurre así, por ejemplo, en la tipificación de delitos y también en el establecimiento de los aspectos esenciales de un tributo o de los elementos odiosos de una norma de sanción o que restringe derechos. También en el Derecho Civil, que ha asentado sus contenidos y detalles a través de dos mil quinientos años, la interpretación literal tiene una fuerza significativa, aunque no tanta como en los casos antes mencionados.

---

(38) Tomaremos aquí el concepto que da Loewenstein: «En la mutación constitucional, por otro lado, se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son mucho más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor». (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 165.

En el Derecho Constitucional el texto es importante pero no determinante. Ponemos dos casos en los cuales el contenido constitucional diverge del texto mismo:

- A veces se debe a una equivocación del constituyente al escribir el texto: ha querido decir una cosa pero en realidad dice otra. Por ejemplo, en el primer inciso del artículo 137 se dice textualmente: "En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie". Es una norma que, desde el punto de vista proposicional, contiene un universal negativo. Sin embargo, todos estaremos de acuerdo en que si en Estado de Emergencia se dicta una sentencia judicial de destierro dentro de un proceso regular y de acuerdo a las normas penales, entonces no habrá problema para ejecutar la pena. El constituyente se ha referido, indudablemente, al destierro como medida de hecho, no a la ejecución de una sentencia jurisdiccional en regla. Pero el texto puro y simple ordena, sin embargo, impedir todo destierro. Es un error de expresión evidente y hay que interpretar de acuerdo al sentido normativo, no a la letra.

- Otras veces, se podrá interpretar la Constitución contra su propio texto, muy pocas veces en realidad, y esto sólo es posible cuando existe una abierta contradicción entre lo que la Carta dice y la significación de otros elementos constitucionales, particularmente los principios fundamentales que la informan. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la Constitución dice que existe unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, y nosotros no podemos sino llegar a la conclusión de que ello no es cierto porque ni en materia de tribunales militares, ni de la jurisdicción electoral, ni de la constitucional, ni de la materia específica de evaluación y ratificación de jueces, existe verdaderamente unidad dentro de la Constitución.

En otras palabras, el texto es muy importante al estudiar la Constitución pero en caso alguno es el elemento definitorio y, en cierto sentido, un buen constitucionalista siempre tiene que someterlo a prueba de calidad en base a las demás variables consideradas en el estudio. A veces, corresponderá que haga una interpretación divergente y, excepcionalmente, hasta contraria al texto.

1.1.1.2. Las leyes orgánicas y de desarrollo constitucional

Las normas constitucionales, por extensas y detalladas que sean, no pueden sino dictar los aspectos esenciales de la regulación de que se trate. Luego, como establecen el artículo 106 y la octava disposición final, serán las leyes orgánicas y las de desarrollo constitucional las que completen los mandatos y, en muchos casos, hagan operativas las normas constitucionales. Desde este punto de vista, el tratamiento constitucional tiene que estar vinculado a todas las disposiciones de rango inferior que traten sobre sus reglas.

Dice Duverger:

> El derecho constitucional estudia las instituciones políticas desde un ángulo jurídico. Su nombre proviene de la práctica inaugurada en los Estados Unidos en 1787 y más tarde en Francia en 1791, y generalizada después, que consiste en reunir las reglas de derecho relativas a los órganos esenciales del Estado —Parlamento, Gobierno, elecciones, etc.— en un texto solemne llamado «Constitución». Pero todas las reglas de derecho relativas a las instituciones políticas no están contenidas en la Constitución: se encuentran también en las leyes ordinarias, en los decretos y los reglamentos del Gobierno, en las órdenes de los ministros y las autoridades locales, en las resoluciones de las asambleas, en las costumbres jurídicas o en los «principios generales del derecho» (cf. p. 234), etc. El derecho constitucional las estudia todas, cualquier que sea su fuente; a pesar de su nombre, no es únicamente el derecho de la Constitución (39).

Desde luego, la relación entre Constitución y normas inferiores no es siempre armoniosa. Esto requiere, por tanto, manejar variables más detalladas.

El primer aspecto, evidente por sí mismo, es el de la supremacía constitucional, según la cual la Constitución prima sobre toda otra norma

---

(39) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional.* Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 59.

inferior y, en caso de existir incompatibilidad , el juez deberá preferir siempre la norma constitucional. Desde este punto de vista, no solamente es importante analizar los aportes que hace la norma inferior, sino también estudiar su calidad frente a la Constitución, es decir, su compatibilidad o incompatibilidad.

No es lo mismo incompatibilidad que diferencia. La incompatibilidad es una exclusión: si se aplica la norma inferior, entonces no se puede aplicar la norma constitucional. Diferencia será una circunstancia en la cual la disposición constitucional y la inferior no dicen exactamente lo mismo, pero pueden convivir entre sí y tienen margen para aplicarse conjuntamente.

Esclarecer estos matices es trascendente al estudiar la Constitución porque forma parte de la manera cómo los operadores del Derecho aplicarán en definitiva el Derecho Constitucional dentro de un Estado determinado.

A veces, es muy difícil determinar si existe o no incompatibilidad entre la Constitución y una Ley. Por ejemplo, cuando se dictó las normas sobre reorganización del Poder Judicial, se estableció una serie de regulaciones según las cuales el Presidente de la Corte Suprema no era el máximo ejecutor de decisiones dentro de su institución y, ni siquiera, tenía la titularidad del pliego presupuestal. Estas disposiciones se enfrentaron al artículo 142 de la Constitución cuando dice: "El Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial". Para nosotros hay aquí una incompatibilidad clara: nadie puede presidir un órgano del Estado en las condiciones que lo hace el Presidente de la Corte Suprema luego de las leyes mencionadas. Sin embargo, no es lo que finalmente ha primado dentro de las reglas de juego aceptadas en el Perú e, inclusive, la propia Corte Suprema ha aceptado la reorganización en la forma en que se ha producido (aunque emitió un comunicado observando ciertos aspectos que le parecían inconstitucionales).

Una variante del tema de la inconstitucionalidad de la ley es el caso en que el Congreso de la República pretende interpretar auténticamente la Constitución. Ello ha ocurrido en varios casos, pero el más saltante ha sido el de la ley que autoriza al Presidente Fujimori a postular como candidato en las elecciones del año 2000 (comentamos la disposición a propósito del artículo 112 de la Constitución).

Sobre la interpretación auténtica dice Linares Quintana:

> La interpretación auténtica es la que realiza el mismo poder que dio existencia a la norma jurídica, por medio de un nuevo acto, que aclara con efecto retroactivo el sentido del acto originario interpretado. El poder legislativo puede reconsiderar sus propias leyes, sea para modificarlas, sea para interpretarlas, determinando su alcance, aclarando su sentido, su propósito, la *mens legis* (40).

Linares es sumamente claro en esta cita y condensa lo que la doctrina seria ha dicho sin excepción: la interpretación auténtica la hace el órgano que tiene la autoridad de dictar la norma interpretada. El Congreso no tiene autoridad de dictar la Constitución y, en el caso peruano, sólo puede modificarla mediante el procedimiento del artículo 206. Por consiguiente, o el Congreso hace modificación constitucional, o aprueba una norma que indudablemente tendrá presunción de constitucionalidad, pero que no está en absoluto exenta del control de incompatibilidad.

En definitiva, dentro del análisis de la relación entre norma con rango de ley y Constitución, nosotros tomaremos la interpretación constitucional auténtica que elabore el Congreso, como una simple ley sometida plenamente al control de constitucionalidad.

Un problema candente en la teoría del Derecho Constitucional es el de la inconstitucionalidad por omisión que ocurre cuando el legislador debe dictar leyes para desarrollar la Constitución y lograr que se ponga operativa, pero no dicta las normas. Dice Fernández Segado:

> Es evidente que mientras la inconstitucionalidad por violación, por transgresión frontal, de la Ley Fundamental tiene un carácter positivo, la inconstitucionalidad por omisión es de naturaleza negativa, en cuanto que, determinada la obligación de legislar sobre una determinada materia para que la norma constitucional tenga eficacia

---

(40) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte General.* Tomo II. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 436.

plena, es la inacción, la omisión de la obligación constitucionalmente contemplada la que provoca el vicio de inconstitucionalidad.

Las Constituciones del último medio siglo han sido absolutamente parcas en orden a la contemplación del instituto de la inconstitucionalidad por omisión. Sólo encontramos tres aisladas excepciones al respecto. La primera de ellas, poco conocida, si bien, como con acierto subraya Dantas, constituye el primer antecedente de este tipo de inconstitu-cionalidad, la encontramos en la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, promulgada el 21 de febrero de 1974. Las dos restantes salvedades constitucionales las hallamos en la Constitución de la República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, y en la Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988 (41).

Y luego, refiriéndose concretamente a la discusión de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo del Perú añade:

La problemática expuesta ha suscitado una específica preocupación por parte de los legisladores de algunos países. Este es el caso del Perú, en donde la Comisión especial redactora del Anteproyecto de Ley de Hábeas Corpus y Amparo, previo, por acuerdo mayoritario de sus integrantes, un precepto (el que seria art. 26 del Anteproyecto) de conformidad con el cual: «No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado». En la Exposición de Motivos del An-teproyecto, se justificaría tal determinación en base a un criterio considerado realista, pues de lo contrario, «se tendría que obligar a los jueces a que en sus resoluciones emitan ordenes que por sus alcances no serian actos jurisdiccionales, sino legislativos», reflexión que, aun siendo cierta, entraña supeditar la garantía de un derecho constitucionalmente proclamado a una circunstancia marginal al derecho como es la de su normalicen por el legislador. Finalmente, el texto definiti-

(41) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 69-270.

vo de la Ley N. 23506, de Hábeas Corpus y Amparo, en su art. 25, prescribirá que «no dan lugar a la acción de amparo los derechos a que se refiere la sexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución», esto es, los derechos que irrogan nuevo gasto e inversiones, o lo que es igual, básicamente, los derechos de la segunda generación, formulación frente a la que no han faltado juicios críticos, como es el caso de uno de los mismos autores del texto del Anteproyecto (42).

Como puede verse, este problema tiene diversas dimensiones en el Derecho Constitucional. Una de ellas es la posibilidad de reclamar mediante las garantías constitucionales establecidas. De ello tratamos en la parte pertinente del comentario a la Carta. Aquí, lo importante es que el análisis constitucional tiene que determinar cuáles son los casos en los que se produce la inconstitucionalidad por omisión y, sobre todo, hasta que grado se produce y, dentro de la hermenéutica constitucional, cómo puede superarse la situación. El constitucionalista tiene que abordar el tema de las lagunas en materia constitucional tratando de construir respuestas desde dentro del propio sistema, desde luego, sin desnaturalizar la función de los medios de integración jurídica.

Finalmente, un último problema consiste en lo siguiente: según el artículo 106 y la octava disposición final de la Constitución, la Carta es puesta a punto de ejecución mediante las leyes orgánicas y las de desarrollo constitucional. Sin embargo, es posible que el Poder Ejecutivo, mediante decretos de tercer rango legislativo, pretenda en algún momento desarrollar temas constitucionales que el Congreso haya postergado. ¿Puede hacerlo?

En nuestro criterio hay que distinguir: si se trata de materias que deben ser legisladas mediante ley orgánica, el Poder Ejecutivo no puede asumir competencia porque estaría usurpando la del Congreso. Sin embargo, en lo que sólo sea materia de desarrollo constitucional, y mientras no violente reglas específicas de competencia en relación a la regulación de dicha materia, establecidas por la propia Constitución o por normas

---

(42) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 343-344.

con rango de ley, estimamos que sí puede hacerlo y por dos razones: la primera, porque permite hacer operativa la Constitución, que es norma por definición vinculante; la segunda, porque la atribución de dictar decretos y resoluciones debe cumplirse sin transgredir ni desnaturalizar las leyes y en este caso ello no ocurriría.

Desde luego, dictada la ley respectiva por el Congreso, el decreto del Ejecutivo perdería vigencia. Por ello, al analizar la Constitución, es importante no sólo mirar en el rango de la ley, sino ir más abajo, a las disposiciones generales del Ejecutivo, para estudiar si se ha operativizado en ellas disposiciones de rango constitucional.

1.1.1.3. La interpretación jurisprudencial

La jurisprudencia en materia constitucional es importante por las siguientes razones:

- Es una forma de volver concretas las normas constitucionales al aplicarlas a la realidad. La función jurisdiccional consiste en enlazar el texto de la Carta con los hechos concretos de la vida y allí, siempre surgen imprevistos que requieren la intermediación de conceptos y principios. De esta manera, las normas constitucionales toman forma concreta a través de la resolución de conflictos reales. Por ello, su análisis resulta de primera importancia para una visión completa de las normas.

- La jurisprudencia actualiza los significados constitucionales en función de las nuevas realidades. Esto es muy claro, por ejemplo, en los derechos y el avance de la técnica: la libertad y la biotecnología aplicada a los humanos; el derecho a la privacidad y la velocidad de modernización de las comunicaciones universales. etc. En todos estos casos, la jurisprudencia ayuda a colocar a la Constitución en cada tiempo.

- Las sentencias que contienen principios generales, funcionan como precedentes vinculantes en el Perú. Por consiguiente, el estudio de las resoluciones forma parte del estudio de las normas existentes.

- Las resoluciones contienen dentro de sus fundamentos, los principios y conceptos que el ente que administra justicia considera pertinente aplicar. Son, en este sentido, una fuente de significados precisos, que el juez constitucional elige de entre las varias posibilidades que tiene a mano. Una vez establecidos, se vuelven criterios rectores de la interpretación constitucional.

Desde luego, la jurisprudencia constitucional no menos que la judicial, está sujeta a la crítica responsable que autoriza el artículo 139 inciso 20 de la Constitución. Esto es particularmente aplicable al caso de las sentencias que resuelven sobre acciones de inconstitucionalidad puesto que, como se sabe, para declarar fundada la demanda se requiere conformidad de seis de los siete votos con que cuentan los miembros del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, habrá muchos casos (y ya ha empezado a ocurrir), en los que se declarará infundada una demanda de esta naturaleza porque dos miembros del Tribunal votaron de esa manera, aunque los otros cinco hayan votado en el sentido inverso. Esto lo que querrá decir es, obviamente, que la demanda ha sido declarada infundada, pero al mismo tiempo que parecen haber poderosas razones para considerar la inconstitucionalidad que, por lo demás, podrá ser declarada mediante el control difuso, siempre que el Tribunal no confirme la constitucionalidad de la ley de que se trate (discutimos este problema en la parte correspondiente del comentario del texto).

1.1.1.4. La realidad de la vida constitucional

Hemos visto que el poder es un factor esencialmente activo. Sánchez Agesta decía que era una causa o una energía dispuesta a producir un efecto. El poder sólo tiene sentido en la realidad. Si el Derecho Constitucional tiene que ponerle reglas, es obvio que hay que verlo funcionando también en la realidad.

Dice Bidart Campos:

> Para el constitucionalista, es mejor atender a la realidad que a la teoría; más provechoso registrar las variedades, que catalogarlas. Y ello porque como bien anota Burdeau, no hay órganos legislativos ni órganos ejecutivos: hay un jefe del Estado, un Presidente de la República, unas asambleas, un gabinete ministerial, un presiden-

te del consejo de ministros, etc. En efecto, poco interesa que el jefe del poder ejecutivo se llame presidente, monarca, primer ministro, o de cualquier otra manera; lo que interesa es cómo se relaciona con otros órganos [...] (43)

Biscaretti di Ruffia, refiriéndose a los estudios comparados de Derecho Constitucional menciona también la importancia de la realidad:

> Entre estas disciplinas debe mencionarse en primer término la ciencia política, entendida como aquella disciplina que se dirige a la identificación de las reglas y de los procedimientos según los cuales se ejercita el poder en la realidad de una sociedad humana particular (Burdeau, Duverger), o bien según otros autores (por ejemplo Meynaud), se determinan las estructuras de autoridad de la misma sociedad.
>
> Por tanto, y en relación con los diversos ordenamientos estatales contemporáneos, los cultivadores de la ciencia política, sin detenerse en los puros resultados jurídicos, pretenden analizar el funcionamiento concreto de las instituciones respectivas dilucidando el juego de las fuerzas y de las prácticas políticas que influyen precisamente sobre su estructura y actividad (44).

Y Lassalle hizo de la realidad constitucional toda una teoría:

> He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.
>
> Pero, ¿qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución; es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

---

(43) BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1968, p. 9 321 del Tomo I.

(44) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado.* México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 23.

> Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quién atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado (45).

No se puede conocer un sistema constitucional solamente a partir de las letras de los textos constitucionales y legislativos y, aún, de la jurisprudencia establecida. Habrá ciertos ámbitos de la realidad en los que las normas formales existentes se cumplen y otros en los que ello no ocurre así. En la tarea de estudiar la Constitución hay que develar tanto lo uno como lo otro.

Suele ocurrir, también, que la vida práctica de las personas y de las instituciones organice y amolde las normas constitucionales a una determinada forma de ejercicio que, si bien no es exactamente inconstitucional, está en uno de los bordes de tal situación. En el Perú es el caso de muchos derechos constitucionales como, por ejemplo, la manera en que se aplica la detención de hasta veinticuatro horas de las personas por la policía, según el literal f) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución. En la parte correspondiente debatimos con mayor extensión el asunto.

Otras veces, la vida cotidiana aplica las normas constitucionales en una de las varias posibles formas en que ella puede ser interpretada y, de esta manera, da un significado más preciso al marco de la norma, abierto a varias posibilidades. Por ejemplo, es el caso de la libertad de información, opinión, expresión y difusión de pensamiento en el Perú, que es más liberal que en muchos otros países, incluso varios de indiscutible tradición democrática y de respeto a los medios de comunicación.

Realizar la operación que recomienda Lassalle, de tomar un lápiz y un papel y escribir la Constitución real que existe, es una tarea que siempre debe ser ensayada al trabajar sobre una Constitución formal. No para desairarla, sino para darse cabal cuenta de los contenidos constitucionales que tiene el uso del poder en esa sociedad.

---

(45) LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 70.

Para nuestro trabajo, recogeremos la realidad política y social. Consideramos que es un material de trabajo importante y legítimo cuando se trata de determinar, y luego de evaluar, los contenidos constitucionales.

1.1.1.5. La historia constitucional

Sobre el papel de la historia en la investigación constitucional dice Biscaretti di Ruffia:

«También la historia constitucional puede ser preciosa para el iuspublicista, tanto la que se refiere a un solo Estado [...] como la desarrollada con el método comparado» (46).

Jellinek se ocupa extensamente del tema. Hemos recogido este párrafo, particularmente interesante:

> De la historia política singularmente puede decirse esto, en cuanto se ocupa del devenir del Estado, de su destino y desaparición; esta disciplina es la auxiliar principal de quienes investigan acerca de las ciencias del Estado; mas también es de importancia suma, para la solución de los problemas teóricos de estas ciencias, la historia social, la cual, si bien no trata de una manera inmediata las cuestiones políticas, se ocupa de la conexión objetiva de los fenómenos sociales (47).

La historia constitucional tiene varios elementos: los antecedentes constitucionales mismos, los diarios de debates, las propuestas existentes de terceros, la teoría constitucional escrita en el pasado, etc.

De todos ellos, nosotros hemos concentrado nuestro esfuerzo en la recolección y sistematización de todas las normas relacionadas con cada uno de los artículos de la Constitución de 1993. Por ello, al principio de cada comentario exegético de normas, se ubica dos tipos de antecedentes:

---

(46) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1973 p. 74.

(47) JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado.* Buenos Aires, Editorial Albatros, 1980; p. 7.

los artículos de las Constituciones que van de 1823 a 1933 y otro específico para los textos de la Constitución de 1979.

Hemos optado por ordenar las normas en función de los artículos constitucionales porque la metodología guía de este trabajo es la exégesis (ver lo que se dice luego sobre el tema en este mismo capítulo). Esta manera de trabajar hace perder visión de las instituciones, pero gana en precisión sobre las normas homogéneas a lo largo de todas las Constituciones republicanas del Perú, que son las que hemos trabajado, esto es, excluyendo la Constitución de Cádiz de 1812.

Somos concientes de que el trabajo hecho en esta materia se limita a una recopilación y ordenación de normas. Para hacer un comentario de ellas deberíamos haber utilizado un espacio considerablemente mayor pero, además, deberíamos también haber realizado una investigación nueva y distinta que es la indagación de los significados de las normas en su tiempo. Es una tarea para la que, sin embargo, este ordenamiento que hemos hecho es un primer avance.

No obstante sí se pueden rastrear asuntos interesantes a partir de los textos constitucionales anteriores: cuándo aparecieron determinadas normas, con qué fisonomía eran tratadas antes, qué se ganó y qué se perdió en el tiempo, cuáles constituciones han sido especialmente influyentes en el constitucionalismo peruano y en qué ámbitos.

No hemos trabajado sistemáticamente con los anales de la discusión constitucional de 1993 porque desgraciadamente no son una fuente particularmente interesante y rica en datos. Más útiles han sido algunos libros publicados por congresistas, y los trabajos de comparación entre la Constitución de 1979 y la de 1993. Sobre esta materia hemos hecho un trabajo exhaustivo, hasta donde nos ha sido posible, tratando de identificar permanencias y cambios en cada una de las normas existentes.

Consideramos que en estas materias, el trabajo que presentamos abre también posibilidades para futuros estudios en el aspecto histórico peruano.

1.1.1.6. Los estudios comparados

Dice sobre los estudios comparados el gran comparatista que es Biscaretti di Ruffia:

> Existe otra finalidad que se considera de gran relieve también para aquel que pretenda permanecer en el más estricto ámbito de su propio país; ya que en efecto, la investigación comparativa conduce con frecuencia a una mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional, si se toma en cuenta que el cotejo sistemático con los ordenamientos extranjeros, especialmente si provienen de la misma cepa genealógica, podrá facilitar, en no pocas ocasiones, la identificación de principios que hasta entonces habían permanecido latentes y casi ocultos a los comentadores analíticos del derecho positivo del propio Estado (48).

Y dice otro notable comparatista, Giuseppe de Vergottini:

> El estudio comparado, además de ser un instrumento para verificar las generalizaciones así como otros objetivos que se indicarán a continuación, es un método que permite la adquisición de nuevos conocimientos. En otras palabras, del estudio comparado de ordenamientos, o de instituciones de diversos ordenamientos, emergen elementos cognoscitivos indispensables para la ciencia del derecho constitucional (49).

El método comparativo estudia diversas maneras de regular los mismos fenómenos, en la intención de entender los cambios, las modificaciones sucesivas, las ventajas y desventajas de cada sistema.

El Derecho Comparado puede hacerse en el plano de las grandes generalidades de cada uno de los dos sistemas, o en planos concretos.

---

(48) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 14.

(49) VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova, CEDAM - Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1987, p. 5. (Traducción nuestra).

Los dos mecanismos son útiles y tienen ventajas y desventajas. En un estudio de naturaleza esencialmente exegética como éste, la importancia de la comparación en el plano concreto es más grande.

El Derecho comparado no requiere una investigación de realidad muy profunda cuando relaciona normas o pequeños grupos normativos entre sí. La comparación de los textos y las opiniones de los comentaristas, pueden colaborar a aclarar ciertas dudas, o a precisar conceptos. Es la modalidad en la que hemos utilizado nosotros la comparación constitucional en este trabajo. Evidentemente, el comparativismo en planos globales requiere un trabajo profundo en la realidad jurídica de cada uno de los Estados que son comparados entre sí. De otra manera, será imposible hablar de los grandes sistemas de regulación de Derecho existentes en cada uno de ellos.

El concurso del Derecho comparado es sumamente importante en el análisis de las instituciones nuevas o que instauradas en nuestro ordenamiento, provienen de familias jurídicas distintas. El caso del control difuso de constitucionalidad iniciado en Norteamérica, o el concepto de debido proceso (*due process of law*) son dos casos muy claros en los que el Derecho comparado ayuda mucho a comprender significados y alcances.

1.1.1.7. Los instrumentos internacionales con particular referencia a los derechos humanos

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el desarrollo de los instrumentos internacionales en esta materia es inmenso en cantidad, diversificado por la gran cantidad de temas que aborda y profundo porque, verdaderamente, cada derecho es tratado con gran detalle a pesar de los límites que impone a los tratados el tener que concertar muchas y variadas voluntades.

No se puede trabajar contemporáneamente sobre derechos humanos solamente en base al texto constitucional interno por varias razones. La primera de ellas es porque el ámbito internacional siempre tiene reconocidos más derechos y más matices.

En segundo lugar, cada derecho es desagregado en sus partes y tra-

bajado poniendo especial énfasis en los puntos débiles, cosa que muchas veces es dejada de lado por las Constituciones, debido a las pugnas políticas internas para lograr la aprobación de los textos.

En tercer lugar, las declaraciones de derechos son especialmente cuidadosas en poner los márgenes fuera de los cuales no puede actuar el poder del Estado: el ámbito internacional ha convertido en derechos sustantivos el uso de determinadas acciones; se ha prohibido suspender el ejercicio de ciertos derechos e, inclusive, se ha mantenido el derecho de recurrir a los tribunales aún en caso de implantarse el régimen de excepción.

En cuarto lugar, el aporte del Derecho Internacional no se limita a los textos de los tratados internacionales, sino que se extiende a las resoluciones y a las absoluciones de consultas que hacen los organismos internacionales encargados de velar por el cumplimiento de los derechos. La riqueza casuística que presentan estas interpretaciones es muy útil para conocer detalles imprevistos de los derechos y, también, para adelantarse a situaciones posiblemente peligrosas para su vigencia.

Además, como sostenemos en la introducción al tema de los derechos, en el análisis de la Constitución, tenemos la convicción de que a través de las diversas normas establecidas en la Constitución de 1993, se puede afirmar sin dudas que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tienen rango constitucional aunque la disposición que lo decía expresamente en la Constitución de 1979, no haya sido repetida en la Carta actual.

Hemos hecho uso sistemático de las declaraciones de derechos, particular pero no únicamente de las que ha ratificado el Perú, tanto en la parte de derechos, como en la de principios y derechos de la administración de justicia (artículo 139 de la Constitución), y a propósito de las garantías constitucionales (artículo 200 de la Constitución).

1.1.2. Los métodos de desarrollo del análisis de la Constitución

El desarrollo del trabajo sobre la Constitución puede adoptar diversos métodos y en diversas combinaciones. Nosotros hemos optado por realizar un estudio exegético de la Constitución de 1993, con elementos

sistemáticos-institucionales, y con la utilización de principios y conceptos como instrumentos hermenéuticos para integrar, homogenizar y desarrollar interpretaciones coherentes de todo el texto constitucional.

Este trabajo es, por tanto, exegético, pero con tratamiento complementario de instituciones, principios y conceptos.

En cada uno de los tres elementos metodológicos mencionados, se puede incorporar perfectamente las variables de trabajo sobre la Constitución indicadas en el acápite anterior. Sólo que serán tomadas de manera distinta, según el método principal que se utilice.

1.1.2.1. Exégesis

Según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el método exegético merece la siguiente consideración: "Dícese del método expositivo en las obras de Derecho que sigue el orden de las leyes positivas, a cuya interpretación atienden principalmente".

El método exegético sigue el orden de exposición del cuerpo legislativo, en este caso la Constitución, y va texto por texto tratando de definir cada concepto y enunciar el significado normativo de cada disposición.

Es un método de análisis que toma a los textos normativos mismos como las unidades básicas de sentido y significado. Decimos que es un método de análisis porque toma cada parte de cada enunciado normativo y la analiza separadamente, como a su turno lo hace con cada norma en relación a las demás.

Su ventaja es que permite explicar cada parte del conjunto del texto normativo. De estar correctamente hecha, la exégesis no debe dejar dudas sobre el contenido de las disposiciones legislativas a quien las estudia.

La desventaja del método exegético consiste en que en base al análisis de los detalles del texto, pierde la perspectiva institucional y de conjunto, no sólo de la Constitución como totalidad, sino de cada una de sus grandes y pequeñas instituciones. Por ejemplo, en una buena exégesis se trabajará detalladamente cada uno de los órganos que administra justicia en el Perú, pero no se desarrollará la idea global de cómo se hace dicha

administración de justicia: se atiende a las partes, no a los grandes ámbitos comunes.

La exégesis es, desde el punto de vista evolutivo, el primer paso metodológico para estudiar textos jurídicos. Así ocurrió con los glosadores, que en realidad eran exégetas, y más tarde con los comentaristas iniciales del Código Civil francés: han sido los dos grandes movimientos exegéticos de interpretación y profundización del conocimiento jurídico desde la Edad Media hasta nuestros días.

Esto no quiere decir que sea un método deficiente. Simplemente, es necesario indicar que tiene importancia fundamental para introducir a los detalles de una disciplina. El estudio completo de ella requerirá, también de una aproximación institucional, un desarrollo de los principios y conceptos, y una síntesis final de resultados.

Para complementar al método exegético y compensar sus deficiencias, hemos recurrido, a modo de añadido, a las instituciones constitucionales, a los conceptos y los principios.

1.1.2.2. La sistemática institucional en la Constitución

La Constitución está conformada por instituciones que interactúan entre sí y producen el resultado de funcionar adecuadamente controlando el poder o, a la inversa, producen como resultado un poder que desborda los marcos y actúa con pocos frenos o sin ellos.

Dice Biscaretti di Ruffia:

> [...] el especialista del derecho público es impulsado necesariamente a considerar, ante todo, aquellos elementos del derecho que son distintos de las simples normas: o sea, más explícitamente, a la misma estructura del ordenamiento jurídico, a sus procedimientos de formación y de evolución, a los órganos y procedimientos con los que se actúa y originan las mismas normas.
>
> El fenómeno jurídico, enfocado desde ese aspecto más comprensivo, asume, evidentemente, naturaleza mucho más variada y compleja, ya que, además de comprender, en sí mismo, las variadísimas reglas de conducta que se imponen a los asociados lleva a

identificarse con la misma estructura y organización de aquella determinada sociedad, llevando, por consiguiente, a acoger el conocido trinomio: derecho = institución = ordenamiento jurídico. Todo grupo social, realmente, una vez que ha alcanzado sistematización establece, produce (según la concepción expuesta, ya acogida en Italia por muchos iuspublicistas) una institución, es decir, un ente que se presenta, por sí, en todo elemento, como jurídico» (50).

Las instituciones tienen una existencia individual e integral dentro del Derecho Constitucional. Por ejemplo, tenemos Presidente de la República y tenemos gabinete ministerial. Pero al mismo tiempo ambos conforman el Poder Ejecutivo. Hay un nivel institucional de gabinete ministerial y otro, inclusivo, de Poder Ejecutivo. Al gabinete ministerial lo tenemos que analizar institucionalmente como entidad particular, y también como parte del Ejecutivo al lado del Presidente de la República.

Lo propio hay que hacer con los derechos y las garantías (paradójicamente, además colocados en los dos extremos de la Constitución, tanto de la de 1979, como de la de 1993).

Las normas que se hallan al interior de las instituciones, adquieren significación particular porque pertenecen a ellas y la pierden si no son estudiadas dentro del contexto institucional. Dice al respecto Biscaretti di Ruffia:

> Por otra parte, es evidente que la ciencia del derecho constitucional debe estudiar el Estado más en su aspecto institucional que en su vertiente puramente normativa examinándolo en la compleja y variada estructura de sus instituciones, en su efectivo perfeccionamiento diario, en su concreta y continua actividad, y no sólo limitándose a la mera exégesis de los textos, a la simple interpretación de las normas jurídicas particulares, sin preocuparse de la vida que hierve activamente en torno del jurista (51).

---

(50) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1973, pp. 68-69.

(51) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1973, p. 75.

Por ejemplo, si nunca pensamos en la existencia del Poder Ejecutivo, difícilmente entenderemos a cabalidad qué significa que sean nulos los actos del Presidente que carecen de refrendación ministerial. Esto sólo muestra su racionalidad cuando sabemos que en la institución del Poder Ejecutivo el Presidente es políticamente irresponsable y, por consiguiente, el Ministro tiene que hacerse responsable por él firmando sus actos. Para que siempre haya responsabilidad, la forma más práctica es hacer que quien es irresponsable, el Presidente, no pueda realizar actos válidos por sí mismo en la vida pública.

Pero las instituciones se interrelacionan y adquieren nuevos significados dentro del sistema constitucional establecido. El significado de sistema que da el *Diccionario de la Real Academia Española* es: "conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto". En realidad, un sistema contiene una estructura interna y las estructuras han sido trabajadas intensamente en las ciencias sociales durante el presente siglo. Dice Lucien Seve que la idea de estructura alude al "concepto de relaciones internas estables y características de un objeto, pensadas de acuerdo con el principio de prioridad lógica del todo respecto a las partes" (52).

Así, la manera como se ejerce los máximos poderes no puede ser cabalmente comprendida si no se conecta Ejecutivo, Legislativo, Judicial y otros órganos constitucionales con funciones específicas. Es más, si sólo nos quedamos con la trilogía tradicional, tampoco entenderemos propiamente cuáles son los resortes del poder. Es muy fácil darse cuenta de ello desde que el Tribunal Constitucional ejerce el control de la legalidad y puede no sólo invalidar leyes, sino inclusive definir a qué órgano corresponde cual competencia indicada en la Constitución o en las leyes constitucionales.

Resulta fácil darse cuenta que una exégesis sin el aporte de la visión institucional, tanto de cada institución como del sistema constitucional de instituciones, se empobrece grandemente y, en realidad, no puede

---

(52) SEVE, Lucien. *Método estructural y método dialéctico*. Buenos Aires, Editorial Orbelus, 1969, p. 94.

dar cuenta adecuadamente no sólo de las interrelaciones de las normas, sino siquiera del significado de las normas mismas.

Por ello, en este trabajo recurrimos a la sistemática de las instituciones y a las instituciones mismas de dos maneras:

- En la introducción a cada libro y a cada capítulo, se establece las conexiones institucionales necesarias para la debida comprensión del todo y las partes.

- En el comentario a los textos de los artículos, se hace la referencia institucional y sistemática cuando resulta conveniente.

1.1.2.3. La hermenéutica: los principios y conceptos

El Derecho Constitucional también tiene posibilidad de hacer hermenéutica, es decir, de interpretar los textos dentro de un sistema de pensamiento para encontrar su verdadero significado, o para enriquecerlo cuando ello es posible.

La hermenéutica se hace a través de principios y conceptos generales. Estos pueden hallarse establecidos en el texto constitucional o, inclusive, ser reconocidos de forma tal que ya no se necesita que estén en los textos.

Por ejemplo: el artículo 142 dice que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Esto puede ser tomado, desavisadamente, como una regla de naturaleza procesal. Sin embargo, el concepto de jurisdicción, que no está expresamente definido en la Constitución, nos indica que el significado de esa norma consiste en que el Jurado Nacional de Elecciones tiene carácter jurisdiccional en asuntos referentes a procesos electorales.

A su vez, el mismo concepto de jurisdicción, aunado al principio de equidad en la aplicación de las normas, hace que concluyamos que cuando el Jurado Nacional de Elecciones debe procesar un problema de naturaleza electoral, tiene que aplicar los principios y derechos de la función jurisdiccional establecidos en el artículo 139 de la Constitución.

Los conceptos y los principios vinculan instituciones y estructuras constitucionales que, a primera vista, podrían ser independientes entre sí, con lo cual emergen significados nuevos, que no estaban ni en el texto ni en las instituciones, pero que son evidentes a la luz de los elementos de hermenéutica.

A lo largo de la exégesis con que trabajamos en este análisis, utilizaremos también conceptos y principios cuando sea necesario establecer los vínculos hermenéuticos de los dispositivos.

1.2. La interpretación constitucional

Al trabajar con textos jurídicos, y particularmente si el método que dirige todo el trabajo es el exegético, necesariamente hay que entrar en el mundo complejo de la interpretación jurídica, con particular referencia al Derecho Constitucional.

La interpretación consiste en el proceso de aclarar y precisar el contenido de las normas jurídicas. En el caso del Derecho Constitucional es preciso decir que no se trata sólo de identificar el contenido de cada norma jurídica. Usualmente, al interpretar constitucionalmente la norma la incorporamos en entornos sistemáticos e institucionales que le dan significados particulares. De esto acabamos de tratar en la primera parte de este capítulo.

La interpretación busca aclarar el contenido de las normas, y en esto no solamente nos referimos a los casos de deficiencia comunicativa sino a toda situación en la que nos enfrentamos a la disposición jurídica. Inclusive cuando la norma aparentemente no presenta problemas de interpretación, la mente humana ha tenido que realizar una operación de aclaración. Por ejemplo, si leo en el artículo 118 inciso 19 de la Constitución que corresponde al Presidente de la República dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, inmediatamente me prefiguro que no puede hacerlos por sí y ante sí, promulgarlos y enviarlos al Diario Oficial para publicación porque, siempre, necesitará la firma de un Ministro (y en estos casos, además, la aprobación del Consejo de Ministros de acuerdo al artículo 125 inciso 2 de la Constitución). Inclusive, atrás de esta comprensión de la norma están las reglas sobre responsabilidad política dentro del Poder Ejecutivo y las de exigencias formales diversas para la validez de las normas jurídicas.

Para nada de esto existe la menor dificultad de comprensión: llegar a la conclusión indicada es muy sencillo. Pero hay toda una operación mental que hacer para producirla. El significado de la norma "El Presidente de la República dicta decretos de urgencia" se alcanza luego de una operación intelectual compleja. Desde luego, muchas veces el verdadero significado claro de una norma exige labores interpretativas más arduas.

La interpretación también sirve para precisar el significado de las normas y esto equivale a decir que la norma puede ser clara en sí misma, pero no cuando la aplicamos a casos concretos y precisos. Por ejemplo: el artículo 5 de la Constitución habla de "la unión estable de un varón y una mujer" que conduce a la formación de un hogar de hecho si se cumplen varios otros requisitos. Indudablemente, si se trata de una pareja que va a convivir en la misma casa, estamos ante una unión estable. Pero, si por ejemplo esas dos personas conviven pasando juntos el tiempo libre pero de manera alternada en la casa de él o de ella y de forma que cada uno mantiene su propio domicilio distinto del otro, al tiempo que se identifican a sí mismos como una pareja sentimentalmente vinculada: ¿cumplen o no el requisito de una unión estable?

El requisito de tener una unión estable es claro en sí mismo. Sin embargo, en la realidad pueden presentarse tantas modalidades de unión y de estabilidad que difícilmente podremos distinguir todos los casos de manera contundente. Aquí, por consiguiente, la labor interpretativa consiste en precisar el contenido normativo para el caso concreto.

Si bien en muchas disciplinas del Derecho la norma jurídica puede ser tomada como una unidad específica y distinta del resto de normas, en el Derecho Constitucional esto es una notable excepción que sólo suele ocurrir cuando el constituyente interpoló en el texto constitucional una norma que no pertenece en doctrina a él (por ejemplo, el artículo 47 que establece la defensa del Estado a cargo de los procuradores públicos): fuera de estas excepciones, la norma está siempre en un contexto institucional y debe ser acompañada por los principios y conceptos de los que hemos hablado, como viene dicho, en la primera parte de este capítulo. Por consiguiente, el intérprete debe cuidarse de no aplicar aquí procedimientos que puedan tener legitimidad en otras ramas del Derecho y que conduzcan a la interpretación aislada de una determinada disposición.

La teoría del Derecho ha desarrollado una serie de conceptos sobre interpretación. No vamos a entrar en detalles de esta problemática que es más propia de la teoría del Derecho que de un enfoque metodológico del trabajo de análisis constitucional (53).

En este apartado nos interesa plantear los temas específicos de la interpretación constitucional, de manera que queden claros los procedimientos que seguimos para analizar los problemas de significación de las normas constitucionales.

1.2.1. Las variables de interpretación constitucional

Llamamos variables de interpretación constitucional a los contenidos que deben estar presentes siempre que hacemos una operación interpretativa. El intérprete debe tratar de incorporarlos dentro de su labor para garantizar que el resultado de aclaración y precisión del Derecho sea el más completo posible.

Las variables de interpretación tienen trascendencia porque, en definitiva, son las que determinarán qué es importante de tomar en cuenta en el momento de dar sentido a las disposiciones constitucionales. Consideramos que en la interpretación del Derecho existen cuatro variables que son también aplicables a la interpretación constitucional aunque en este caso con ciertas particularidades: técnica, teleológica, valorativa y sociológica.

1.2.1.1. La variable técnica

La teoría constitucional tiene una técnica propia de desarrollo de diversos elementos:

En primer lugar, se supone que la Constitución no es un agregado de partes independientes, sino que es un todo integrado en el que se debe encontrar armonía. Ello no siempre ocurre pero, precisamente por tal ra-

---

(53) Hemos trabajado sobre este tema en el siguiente libro: RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Lima*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. Cap. X.

zón, la labor del intérprete debe enfocarse en el trabajo sistemático e institucional para descubrir las identidades y sacarlas a luz en el proceso de asignar significados. Dice Linares Quintana:

«La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la ley suprema» (54).

Y Bidart Campos expresa lo siguiente:

«[...] la constitución no puede interpretarse por partes, sino como un texto único, armónico, y congruente entre sus distintas disposiciones» (55).

Un aspecto fundamental de la técnica juridico-constitucional consiste en la supremacía normativa de la Constitución: no puede haber norma incompatible con ella y, de existir, o será invalidada o no será aplicada, prefiriéndose en todos los casos la norma constitucional. A pesar que existen vinculaciones muy estrechas entre la Constitución y las leyes orgánicas, así como también en relación a las leyes de desarrollo constitucional, la supremacía de la Carta es indiscutible y un punto de partida de toda la normatividad jurídica positiva del Estado. La interpretación jurídica no podrá ir contra ella.

Al propio tiempo, existe el principio de la presunción de constitucionalidad de las normas, según el cual para declararlas inconstitucionales tiene que debatirse y probarse tal aspecto según el criterio de quien ejerce la jurisdicción. Dice Linares Quintana:

---

(54) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte General. Tomo II.* Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 479.

(55) BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1968, p. 94.

"Los actos públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con esta» (56).

Canosa añade lo siguiente:

"A priori hay que suponer que la disposición o acto impugnado no viene viciado de ilegitimidad y que, por tanto, su inconstitucionalidad ha de ser demostrada por quien la impugna, lo cual, en palabras mas técnico-procesales, significa que la carga de la prueba corre a cargo, básicamente, de la demanda" (57).

Y luego el mismo autor dice:

«Favor legitimatis». El criterio epigrafiado se constituye en uno de los más importantes de la creación jurisprudencial; en virtud de él se precisa agotar las posibilidades de solución que permitan mantener el texto o acto impugnado en toda su vigencia. Su empleo ha sido, por otra parte, la causa eficiente de la proliferación y enriquecimiento de toda una tipología de sentencias emanadas por los Tribunales Constitucionales (58).

Bidart Campos opina así:

«La tercera regla obliga, en caso de duda, a decidirse por la validez de la norma constitucional, presumiendo como constitucionales los actos de los órganos estatales mientras puedan armonizarse congruentemente con la constitución» (59).

---

(56) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte General. Tomo II.* Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 494.

(57) CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 201.

(58) CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 206.

(59) BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1968, p. 95.

Cuando las normas jurídicas limitan los derechos fundamentales, esta presunción sigue operando, pero el análisis de las disposiciones tiene que ser mucho más cuidadoso a fin de proteger extensivamente dichos derechos limitados.

Hay conceptos que tienen un significado unívoco, por lo menos en sus alcances más generales, y que tienen que ser tomados en cuenta necesariamente al hacer interpretación. Es el caso del término garantías constitucionales, o de la idea de Jefe de Estado, o de la de Jefe de Gobierno. Cualquiera sea la palabra que use el texto constitucional, estas ideas tienen valor propio y pueden ser perfectamente aplicadas con una serie de consecuencias normativas de significación.

Hay un orden determinado en la ubicación de los contenidos normativos, al que llamamos en el Derecho sistemática. Este orden no es de vecindad en los textos escritos, desde luego, sino de vinculación conceptual. Por ejemplo, los derechos están al principio de la Constitución y las garantías constitucionales al final. Sin embargo, el vínculo (y la dependencia de ambos entre sí) es manifiesta. Lo propio sucede con el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo: formalmente son órganos independientes y autónomos, pero en la sistemática constitucional todos ellos tienen en común pertenecer, de diversas maneras y con diversas inserciones, al ámbito de la administración de justicia.

Dice Biscaretti di Ruffia respecto de la interpretación y la sistemática constitucional:

> «Las normas sobre la interpretación hasta aquí expuestas se aplican también en el derecho constitucional; teniendo, por otra parte, muy presente que al utilizar el criterio sistemático deberán estimarse particularmente también los principios políticos que determina el régimen del ordenamiento estatal considerado y, según el criterio evolutivo, deberá desplegarse una fina sensibilidad jurídico-política (que no pocas veces podrá servir a los órganos de control de constitucionalidad de las leyes para enfrentarse con nuevas necesidades, sin exigir muy frecuentes revisiones constitucionales)» (60).

---

(60) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1973, pp. 181-182.

Hay maneras de expresar ciertas ideas, que tienen un valor propio y comunican en determinado sentido. Por ejemplo, cuando algo debe hacerse "con cargo de dar cuenta al Congreso", no quiere decir que el Congreso solamente es informado del asunto. Por el contrario, significa que toma conocimiento para, dado el caso, ejercer una atribución de corrección en la decisión tomada por otro.

Hay principios que informan todo el texto constitucional y de acuerdo a los cuales tienen que ser interpretadas todas las normas siempre, naturalmente, que el principio sea aplicable al caso concreto. Así, por ejemplo, el texto del literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que establece: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohibe" constituye un principio general de interpretación de la libertad individual en el ámbito privado. En toda circunstancia en la que este derecho se halle en juego, la determinación de este literal condiciona la aplicación de las normas jurídicas.

El lenguaje mismo de la Constitución tiene que ser trabajado de una determinada manera. Los tratadistas sostienen que ante los textos constitucionales hay que preferir el sentido común de las palabras en tanto ello sea razonable. Dice Linares Quintana:

> Las palabras que emplea la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; y en ningún caso ha de suponerse que un término constitucional es superfluo o está de más, sino que su utilización obedeció a un designio preconcebido de los autores de la ley suprema (61).

Bidart Campos dice:

> La segunda regla nos ordena prestar atención a los vocablos utilizados por la constitución, dándoles el sentido que tienen en la

---

(61) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte General. Tomo II.* Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 474.

vida diaria. Pero no es posible petrificar las palabras, y desconectarlas de la realidad. Hay que utilizarlas de modo tal que, sin cambiar los textos, su contenido se haga flexible y apto para las distintas situaciones que en el transcurso del tiempo están destinados a regir (62).

Las partes finales de las dos citas establecen sendas reglas distintas e importantes de aproximación al texto de la Constitución:

No hay que presuponer que ciertas partes del texto son superfluas. Por el contrario, hay que tratar de integrar todos los aspectos normados en una sola unidad para encontrar el verdadero sentido normativo de la Constitución.

Los significados varían por muchas razones: cambio de concepciones culturales; avance de la tecnología; transformación de las relaciones sociales, etc. En todos estos casos hay que tener la amplitud suficiente, y la sabiduría, de poder adaptar los contenidos conceptuales de la Constitución a cada realidad y cada tiempo.

Estos elementos técnicos, a los que sin duda alguna se suman muchos otros ejemplos, son esenciales para una buena labor de interpretación. Exigen un conocimiento extenso y comprehensivo de la teoría constitucional porque sólo así se puede determinar cuáles son los conceptos y principios inamovibles, y cuáles son los detalles de la sistemática y aún de la expresión de las normas que tienen significado propio.

1.2.1.2. El elemento teleológico

Las Constituciones tienen finalidades, apuntan a determinados objetivos, que deben ser tomados en cuenta cuando se interpreta sus normas. Mucho de ello tiene que ver con las reglas institucionales y con los principios mismos, pero puede tener sentidos aún más precisos que los que ellos establecen o, inclusive, puede ocurrir que se haya elegido una o algunas de entre las varias posibilidades que teóricamente se presentan.

---

(62) BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1968, p. 94.

Por ejemplo, la Constitución peruana de 1993 tiene una orientación específica hacia el establecimiento de una economía en la que primen las relaciones de mercado, de competencia leal y en la cual se apliquen las leyes de la oferta y la demanda. El rol del Estado es claramente subsidiario y la participación de las empresas públicas es excepcional.

Esta es una típica teleología constitucional, que condicionará luego todas las demás interpretaciones sobre la materia.

Otro elemento teleológico, que puede obtenerse con toda claridad del artículo 3 y de la cuarta disposición transitoria de la Constitución, es el de la protección extensiva de los derechos humanos. Por consiguiente, cada vez que estemos ante la necesidad de interpretar una situación de derechos, deberemos optar por la protección antes que por la restricción de ella.

Hay que anotar que en ninguno de los dos casos, las reglas hermenéuticas de la teleología tendrían que conducir precisamente a lo dicho: en materia económica hemos tenido constituciones anteriores que apuntaban en un sentido distinto (no la menos importante la de 1979) y, en materia de derechos humanos, son muchos los Estados del mundo que establecen restricciones a la aplicación de ciertos derechos que, según sus propios voceros, van contra sus convicciones culturales y constituyen una imposición.

La variable teleológica es discutida en muchos ámbitos del Derecho. Por ejemplo, se dice que el Derecho Penal no puede ser interpretado sino en función de los textos expresos que determinan los tipos delictivos y las penas. Que ellos no pueden ser modificados por intenciones que haya tenido el legislador. Estimamos que esto es y debe ser así porque es correcto que en un ámbito de sanciones se atienda exclusivamente a la conducta y a la norma previa. Sin embargo, en el Derecho Constitucional, ciertas teleologías contribuyen a diseñar la sociedad en su conjunto y la posibilidad de prever todas las consecuencias escapa al legislador quien, por otra parte, no emite normas con el detalle que sería necesario. Por ello los fines del Derecho Constitucional tienen que ser tomados en cuenta al hacer el análisis de sus mandatos.

No hay que olvidar dos cosas adicionales que son muy importantes:

El Derecho Constitucional trata de controlar el poder político ejercitado en la sociedad y, una de las características que éste tiene, es la de buscar las formas de obtener los resultados que se propone. De esta manera, las disposiciones constitucionales controlan a una energía de enorme flexibilidad y no pueden cubrir todas las dimensiones de su actuación con supuestos precisos. Es por tanto correcto que las finalidades que buscan sus normas sean siempre tomadas en consideración en el control de la fuerza del poder.

Las disposiciones constitucionales no son nunca acabadas normativamente hablando. Prácticamente en todos los casos es necesaria una precisión normativa adicional mediante el siguiente rango de disposiciones legislativas. Pero estas precisiones sólo pueden ser hechas en observancia del principio de supremacía constitucional. Por consiguiente, al elaborar las normas inferiores, y al aplicarlas, hay siempre que tener en cuenta que sus mandatos no sean incompatibles con los constitucionales. Este examen de incompatibilidad no puede ser hecho exclusivamente en base al texto constitucional. Otros elementos intervienen y, entre ellos, están los teleológicos.

Finalmente, consideramos que es muy importante una labor de precisión de los contenidos teleológicos de una Constitución, sobre todo, porque muchos pueden parecerlo sin efectivamente ser. Esto quiere decir, que el intérprete no debe asumir como dados y sabidos los contenidos teleológicos. Por el contrario, tiene que hacer un esfuerzo por precisarlos y hacerlos inteligibles a los demás, lo que exige que los formule y comunique. En otras palabras: el elemento teleológico, para ser utilizado, tiene que ser establecido y dicho. Sólo después podrá ser utilizado. Si no se trabaja de esta manera, será imposible discriminar los aspectos subjetivos que aporta el intérprete, de lo que objetivamente existe en la Constitución.

Sabemos que en estas afirmaciones se hallan involucrados asuntos epistemológicos importantes y, también, que habrá zonas grises que será imposible deslindar. Sin embargo, es también cierto que es posible establecer muchos ámbitos de claridad en la teleología constitucional, como por ejemplo los que hemos señalado antes, y que pueden ser utilizados metódicamente para la labor de interpretación.

1.2.1.3. El elemento valorativo

Toda Constitución, y en verdad el constitucionalismo como teoría, tienen aspectos que son de principio valorativo y que intervienen en el rango ético de la interpretación para dar sentido a las disposiciones. Como en los casos anteriores, también aquí hay zonas de claridad y zonas grises que deben ser identificadas y objetivamente comunicadas. Valen aquí las observaciones hechas en la parte final del parágrafo inmediatamente anterior referido a la teleología.

En lo que a nosotros toca, creemos que pueden establecerse sin problema alguno muchos elementos valorativos en las constituciones existentes, y que resultan guías genéricas de iluminación del sentido de los mandatos. En el caso de la Constitución de 1993 podemos poner dos a guisa de ejemplo:

- El artículo 1, que establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Bien vista, esta disposición no tiene mandato específico alguno. Sin embargo, debe estar permanentemente presente como un valor prioritario, para imponerse a los otros cuando entre en conflicto. En efecto, así ocurre en la realidad: basta revisar someramente la jurisprudencia constitucional peruana, para ver cuántas veces el artículo 1 de la Constitución es tomado como base para pronunciarse en un sentido determinado.

- El principio de rechazo a la tiranía, no expresamente escrito pero que puede interpretarse claramente del texto de los artículos 45 y 46 de la Constitución, que informa toda la parte orgánica de la Constitución.

Las variables valorativas de la interpretación no son equivalentes a las finalidades que busca la Constitución. La diferencia es de naturaleza ética: las finalidades son determinaciones específicas de entre varias posibles elecciones. En efecto: la Constitución puede elegir una economía de mercado con participación subsidiaria del Estado, o una con una participación más activa en los sectores claves de la producción y la distribución. Puede ser más conveniente una que otra según circunstancias de espacio y tiempo, pero sobre ninguna existe una tacha valorativa, a menos que se incurra en extremos, desde luego.

Sin embargo, las variables valorativas son válidas en sí mismas y no podría elegirse algo distinto. Por ejemplo, no se podría poner la razón de Estado por encima del valor de la persona; tampoco se podría, por conveniencia, aprobar formalmente la tiranía (63). Estos son imperativos categóricos en el constitucionalismo actual. Desde luego, estas afirmaciones están también situadas en el espacio y en el tiempo, pero dentro de dichas coordinadas sí tienen el valor que les damos aquí.

La interpretación jurídica no podrá ir contra las variables valorativas identificables en la Constitución.

1.2.1.4. El elemento sociológico

La Constitución regula la sociedad y pretende establecer los marcos generales dentro de los cuales se ejercita el poder político. Esto tiene diversas connotaciones que es preciso aclarar.

En primer lugar, cuando hablamos de poder político no nos estamos refiriendo solamente al poder formalizado en los órganos del aparato del Estado. Poder político tienen también los partidos que en algunos casos son considerados personas de Derecho público y en otros de Derecho privado. Poder político tienen los gremios empresariales y laborales, las

---

(63) Es interesante notar, por pura curiosidad conceptual, que en el Perú aún la mayoría del Congreso Constituyente que avaló el golpe de Estado del 5 de Abril de 1992, que apoyándolo ganó las elecciones al Congreso Constituyente Democrático y que además, nunca manifestó arrepentimiento de su apoyo a tal medida de hecho, sin embargo haya consignado en la Constitución los artículos 45 y 46 que contradicen esta actitud suya. Es que en el fondo, el principio del rechazo a la tiranía es más fuerte constitucionalmente hablando, que el de consistencia en las posiciones políticas propias: subjetivamente, un determinado político puede, como se ha hecho en este caso que comentamos, hacer convivir dentro de sí el apoyo a un golpe de Estado y la proscripción del mismo mediante norma constitucional; pero objetivamente no da el paso de establecer una Constitución en la que la tiranía esté expresamente reconocida. Es la fuerza de este principio valorativo lo que lleva a esta situación tan particular que, como puede comprobarse, tiene carne y hueso en la historia reciente del Perú.

instituciones de la Fuerza Pública (al menos en América Latina) e, inclusive, pueden llegar a tenerlo hasta las organizaciones subversivas o terroristas, como lo experimentó el Perú durante la década de los años ochenta y, sobre todo, a principios de los años noventa.

El poder político consiste en lograr que los demás hagan lo que yo estimo más adecuado para la sociedad en su conjunto. Tiene que ver con poderes formalizados y con poderes reales y, muchas veces, estos últimos pueden superar en eficiencia a los primeros.

Desde que la Constitución pretende regular el poder político de la sociedad, y desde que éste tiene multitud de manifestaciones, entonces es evidente que el constitucionalista, al interpretar las normas, tiene que tener en cuenta las condiciones concretas en las que el poder político es ejercitado. Esto no quiere decir torcer el Derecho para adecuarlo a la realidad de manera deformada. Quiere decir que hasta donde sea posible, el Derecho Constitucional tiene que ser aplicado teniendo en conciencia las condiciones reales de poder existentes y teniendo siempre en cuenta que la finalidad de la Constitución es la que hemos indicado al principio de este párrafo.

Dice Canosa:

> Previsión de las consecuencias esperables. Consciente o inconscientemente, el intérprete investiga los efectos que cada una de las soluciones posibles producirá, en primer lugar, dentro del sector al que pertenece la cuestión planteada y, en segundo lugar, la repercusión en la dinámica misma del sistema. Queda desmontada, así, la consideración de la interpretación como una técnica basada exclusivamente en operaciones de pura lógica (64).

Un caso clarísimo de interpretación constitucional vía legislativa, que toma en cuenta las condiciones reales de poder en un ámbito específico, es la ley dictada a principios de 1997, en el sentido que la norma

---

(64) CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 240.

del artículo 127 que establece que no hay ministros interinos y que los encargos de carteras no pueden prolongarse por más de treinta días, no se aplica en circunstancias en que los ministros no están en condiciones de ejercitar normalmente su libertad. Por consiguiente, mientras dure la condición de rehenes de algunos de ellos, podrá extenderse el encargo de las carteras. Desde un punto de vista estrictamente literal, la ley que estableció estas reglas es inconstitucional. Sin embargo, atendiendo particularmente a la ocasión en que se dictó, es perfectamente razonable y no ha sido objetada por nadie en este punto.

La realidad permite saber, también, las costumbres jurídicas de la sociedad para así establecer regulaciones que vayan de acuerdo a ellas, hasta donde sea posible, a fin que puedan ser mejor comprendidas y más fielmente cumplidas. No se trata de adaptar la normatividad a la realidad, al punto de convertir al Derecho en una fuente de conservadurismo y de estancamiento de la sociedad. Pero sí de adaptarlo a las características particulares para que, así, pueda funcionar mejor.

Ocurre esto, por ejemplo, si pensamos en los términos del artículo 149 de la Carta, que autoriza el ejercicio de la jurisdicción a autoridades tradicionales de las comunidades campesinas y nativas, en función de sus propias costumbres y sin atentar contra los derechos fundamentales de las personas. Supongamos el caso clásico del adulterio que para la sociedad occidental es un asunto privado de las personas involucradas, y que por consiguiente pertenece a su intimidad en el más estricto sentido de la palabra, pero que para las comunidades tradicionales es un problema de naturaleza social reconocida porque, entre otras cosas, enemista a personas y clanes familiares que, por la naturaleza de la vida que llevan, requiere de colaboración antes que de distanciamiento. En las comunidades tradicionales, el adulterio es sancionado socialmente y, por consiguiente, expuesto ante todos los miembros.

Se presenta, aquí, el dilema de saber si puede permitirse o no este tipo de sanción consuetudinaria. En el fondo, hay que definir si es que el adulterio en sociedades tradicionales pertenece al ámbito de la intimidad y si, por consiguiente, al castigarlo socialmente se incumple este derecho fundamental.

No cabe duda que en la sociedad occidental es así y que mal podría

la autoridad exihibir a las personas que caen en dicha conducta de manera pública. Pero, sin embargo, consideramos que sí es posible permitir que, de acuerdo a normas largamente establecidas en la vida de las comunidades, el adulterio sea sancionado socialmente sin agraviar la intimidad. A ello colabora la conciencia social de las personas y, además, la importancia de evitar en dichas sociedades las causas de distanciamiento de personas que deben hacer vida común constantemente a través de diversas actividades sociales, muchas de ellas inclusive de supervivencia.

Un aspecto importante y complementario, es el siguiente: muchas veces nos hallamos ante dos o más posibilidades de interpretación igualmente válidas para el Derecho en todos los aspectos considerados anteriormente (técnicos, teleológicos y valorativos) y por consiguiente no tenemos un criterio definitivo para decidir. Es muy importante añadir a todo ello la siguiente pregunta: ante estas alternativas ¿elegir cual permite dar mayor paz y progreso a la sociedad?

La interpretación constitucional construye sociedad, es decir, le da determinadas reglas de conducta que condicionarán su evolución presente y futura. Hay, metafóricamente, algo de ingeniería social en la manera de elegir resultados interpretativos constitucionales. Esto es aplicable a todos aquellos que tiene que realizar esta tarea pero, sin lugar a dudas, es responsabilidad muy particular de quienes ejercen labor jurisdiccional.

Dice Linares Quintana:

> La Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, de manera que siempre sea posible el cabal cumplimiento de los grandes fines que informan a la ley suprema del país (65).

---

(65) LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. Parte General. Tomo II.* Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, p. 484.

La variable sociológica como criterio de ajuste de las normas a la realidad que regulan, debe estar siempre presente en la mente del intérprete de la Constitución.

1.2.2. La combinación de elementos con métodos de interpretación

La teoría del Derecho, con diversos nombres y variedades, ha estructurado métodos de interpretación, que son procedimientos a seguir para ir desentrañando el significado de las normas jurídicas. Los métodos no son autónomos de las variables antes mencionadas. Por el contrario, las toman en consideración y las hacen operativas.

Los métodos tradicionales son el literal, el que analiza la razón de la norma, los métodos sistemáticos (por ubicación de la norma y por comparación con otras normas), el histórico y el sociológico. Las relaciones que tienen con las variables son bastante claras como para ocuparnos detalladamente de ellas aquí (66).

Lo que importa destacar es que el uso de los métodos de interpretación no es excluyente, ni puede serlo, de incorporar al análisis las variables antedichas. Por el contrario, los métodos no tienen una autonomía propia para la interpretación, como ningún método la tiene en ninguna disciplina del saber: la metodología no es un fin en sí mismo, ni tiene prioridades preestablecidas. Todo depende de lo que se quiere indagar. Como en el Derecho las cuatro variables de interpretación son importantes en cada caso, la consecuencia evidente es que siempre habrá que tratar de aplicar todos los métodos de interpretación a cada caso para, precisamente, extraer conclusiones sobre todas dichas variables.

Sólo cuando esa operación ha sido intentada, se podrá tener convicción de que determinada variable no es aplicable a tal o cual caso y, por lo tanto, que no todos los métodos funcionan adecuadamente en todas las

---

(66) Hemos desarrollado el tema en la obra antes mencionada y a ella nos remitimos nuevamente: RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993. Cap. X.

circunstancias. Pero, para cada proceso interpretativo, esta tiene que ser una conclusión luego de los intentos, y no un presupuesto según el cual ciertas circunstancias deben ser interpretadas con estos métodos y de acuerdo a estas variables, en tanto que ciertas otras deben ser interpretadas de otra manera. Esto último es contrario a los cánones de una buena interpretación jurídica en general (salvo excepciones conocidas a algunas de las cuales nos hemos referido antes), y constitucional en particular.

PARTE II

EXEGESIS

2. TITULO I: DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD

En esta parte, primero, hacemos una introducción sobre los grandes trazos de la evolución de los derechos humanos y, luego, una sustentación de nuestra posición sobre la significación, dentro del Derecho peruano, de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

2.1. Las grandes líneas de evolución de los derechos humanos

Contemporáneamente, vivimos en un mundo con derechos humanos. No todos los podemos ejercitar equivalentemente. Para muchos millones de seres humanos en el mundo, los derechos en realidad no existen. Pero todos sabemos, cuando menos, que estas situaciones son ilegítimas e inmorales porque se le deben a cada persona por el hecho pertenecer a la humanidad.

En el Derecho, éste es un fenómeno reciente. No olvidemos que en el Perú se lucha por la independencia hasta el 9 de diciembre de 1824 enarbolando los derechos, entonces planteamientos subversivos, de la libertad y la igualdad para todos los seres humanos. Y, sin embargo, aún faltaría un larguísimo trecho para que fueran realmente reconocidos en la ley (no ya en la realidad, que es problema aún más arduo y todavía no íntegramente solucionado). Para muestra tres jalones históricos:

- La esclavitud concluye en el Perú en 1854.

- Las mujeres alcanzan la igualdad de derechos políticos en 1956.
- Los analfabetos votan recién en las elecciones de 1980.

El movimiento en pro de los derechos humanos dentro del Derecho legislado, aparece al mismo tiempo que las constituciones.

En los Estados Unidos, cuyos constituyentes fueron reacios a establecerlos, son incorporados rápidamente con las diez primeras enmiendas. Hamilton cuenta, en *El Federalista*, que una de las objeciones más importantes a la Constitución de los Estados Unidos fue, precisamente, la ausencia de una declaración de derechos:

"La más considerable de las objeciones que restan, es la que sostiene que el proyecto de la convención no contiene una declaración de derechos. Entre otras respuestas dadas a ello, ha sido ya repetido en diferentes ocasiones que las constituciones de muchos de los estados están en la misma situación" (67).

Los constituyentes de los Estados Unidos fueron recelosos de las declaraciones de derechos porque las consideraron rezagos de privilegios y monarcas. Dice Hamilton:

"Ha sido repetido varias veces que las declaraciones de derechos, en sus orígenes, son estipulaciones entre los reyes y sus súbditos, reducción de las prerrogativas dadas a favor de los privilegiados, reserva de derechos no sometidos al príncipe" (68).

Sin embargo, a pesar de ello, las primeras diez enmiendas hechas casi inmediatamente luego de la aprobación de la Constitución, son un injerto de derechos pedidos por el pueblo:

> La Constitución de los Estados Unidos es, en realidad, dos documentos diferentes, dos textos escritos en diferentes momentos,

---

(67) *The Federalist*. Middletown-Connecticut, Wesleyan University Press, 1989. N. LXXXIV, p. 575. (Traducción nuestra).

(68) *The Federalist*. Middletown-Connecticut, Wesleyan University Press, 1989. N. LXXXIV, p. 578. (Traducción nuestra).

para propósitos distintos, a solicitud de personas diferentes. El primer texto es el de los primeros siete artículos no modificados; es la Constitución propiamente dicha. El segundo texto es la declaración de derechos: las primeras diez enmiendas y aquellos pasajes tanto del texto original como de sucesivas enmiendas, que ahora son utilizadas bajo la conceptualización de una teoría de los derechos. Las dos partes son distintas en estilo, opuestas entre sí como programas políticos y, a la vez, se encuentran estrechamente unidas en la praxis.

[...]

Si el primer texto está centrado en el Estado, el segundo lo está en la sociedad civil. En parte, es el trabajo de hombres que recelaban de la maquinaria del Estado y que fueron críticos del diseño específico de los Fundadores. El segundo texto se opone al primero: sus más apasionados defensores tenían desconfianza en los pesos y contrapesos internos del sistema. Más bien, insistieron en establecer limitaciones externas al poder, una declaración de principios, una "ley" de derechos. Esta declaración de derechos fue pensada como el conjunto de límites para la acción futura del poder estatal: todo lo más valioso de la sociedad civil se encuentra ubicado fuera de dichos límites. Las iglesias, las asambleas políticas, la prensa, la privacidad del hogar y finalmente los varones y mujeres considerados como individuos, se encuentran así protegidos contra la intervención del poder político (69).

En Francia, la constitución de 1791 es precedida por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el 26 de Agosto de 1789. El título primero de dicha Constitución es, además, una declaración de derechos en sí mismo.

Ya nuestra Constitución de 1823, la primera republicana, a partir

---

(69) WALZER, Michael. *Constitutional rights and the shape of civil society.* En CALVERT, Robert E. (editor). *The Constitution of the People. Reflections on citizens and civil society.* Lawrence-Kansas, University Press of Kansas, 1991, pp. 113-114. (Traducción nuestra).

del artículo 181, establecía una lista mínima de derechos constitucionales que hoy llamaríamos *de primera generación,* excepción hecha del derecho a la educación que es un derecho social tempranamente reconocido en esta Carta peruana (artículo 181).

Los derechos *de primera generación* son los que aparecieron primero en la tradición liberal que conduce al Estado contemporáneo. Libertad y propiedad fueron el primer grito. A ellos se sumaron pronto la seguridad y la igualdad. Desde luego, cada uno tuvo desagregaciones. Por ejemplo, la libertad fue la personal o física, pero también la libertad de pensar, de expresarse, de conciencia y religión, etc. La igualdad fue la de no discriminación entre las personas, pero también la igualdad de acceso a las funciones públicas. Y así sucesivamente.

El primer documento clásico de declaración por su modernidad (aunque no el primero de su tipo que existió en el mundo) fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente de Francia el 26 de Agosto de 1789.

Paralelamente, se fueron desarrollando los derechos políticos, asumiendo la forma del gobierno representativo: las personas votan para elegir representantes que serán quienes gobiernen en nombre de ellas. Para esto, se elabora toda una teoría que llega hasta nuestros días: la de la representación de la nación. Se hace la distinción entre pueblo y nación. El primero es un agregado de personas en tanto que la segunda es una organización con vida propia. La estructura democrática no se elabora en relación al pueblo, sino a la nación. Si se hubiera elaborado en relación al pueblo, todos deberían haber votado bajo el principio roussoniano de una persona un voto. Como se optó por lo segundo, dentro de la nación se podía dar el voto sólo a los más capaces. En realidad, este sistema llevó al voto censitario que acabó siendo el voto de los más ricos. Uno de sus más claros fundamentadores es Constant quien, en 1815 escribió:

> En todos los países que tienen asambleas representativas es indispensable que éstas, cualquiera que sea su organización concreta, estén compuestas por propietarios. Un individuo puede, por sus brillantes méritos, cautivar a la multitud; pero los cuerpos, para granjearse la confianza, necesitan tener intereses concordantes con sus deberes. Toda nación identifica siempre la acción de una asam-

blea con sus intereses. Tiene la certeza de que el amor al orden, a la justicia y a la conservación reinará entre la mayoría de los propietarios. No son solo, por consiguiente, útiles por las cualidades que poseen, sino también por las que se les atribuyen, por la prudencia que se les supone y por la favorable predisposición que inspiran. Inclúyase entre los legisladores a no propietarios; por buenas que sean sus intenciones, la inquietud que despierten en los propietarios obstaculizará todas sus medidas. Las leyes más prudentes parecerán sospechosas y, en consecuencia, desobedecidas; por el contrario, la otra solución habría logrado el sostén del asentimiento popular al gobierno, aun en el supuesto de que no sea en todo perfecto (70).

Y luego dijo:

¿Qué condiciones equitativas de propiedad deberían establecerse?

Una propiedad puede ser tan limitada que el que la posee solo es propietario en apariencia. Según un autor que ha tratado perfectamente el asunto, quien no posea la renta territorial suficiente para vivir durante el año, sin tener que trabajar para otro, no es verdaderamente propietario. La parte de propiedad que le falta le sitúa en la clase de los asalariados. Los propietarios son dueños de su existencia porque pueden negarle el trabajo. Solo quien posee la renta necesaria para vivir con independencia de toda voluntad extraña puede ejercer los derechos de ciudadanía. Una condición de propiedad inferior sería ilusoria; una más elevada sería injusta (71).

Las opiniones de Constant no son sino la fundamentación de lo que, grado más grado menos, sucedía en la realidad. Los derechos consagrados en la Declaración francesa de 1789, en el ámbito político, existían sólo nominalmente y así sucedería por varios años más, hasta bastante entrado el siglo XIX.

---

(70) CONSTANT, Benjamín. *Principios de Política*. Madrid, Editorial Aguilar, 1970, pp. 50-60.

(71) CONSTANT, Benjamín. *Principios de Política*. Madrid, Editorial Aguilar, 1970, p. 60.

Sobre el significado social y político de la Declaración de Francia de 1789 dice Rude:

> La Declaración de derechos es un documento notable que consigue equilibrar hábilmente una afirmación de principios universales y de derechos humanos con una clara preocupación por los intereses de la burguesía. En líneas generales, el documento proclama las reivindicaciones básicas del Tercer Estado, como éste las expresaba [...]: protección de la propiedad, libertad de conciencia, de prensa y garantías contra las detenciones arbitrarias, igualdad ante la ley, igualdad impositiva e igualdad en la elegibilidad para los cargos; por último, como manifestación de la capacidad de los delegados para apreciar las realidades prácticas, el documento sanciona implícitamente -post factum- el derecho a la rebelión. Por otro lado, sus omisiones y reservas son igualmente significativas. Nada se dice de la libertad económica, ya que la Asamblea todavía estaba dividida en cuanto al futuro de los gremios y la resistencia de los pequeños consumidores a la «libertad» de mercado aún no se había convertido en un problema apremiante. La igualdad aparece en términos principalmente políticos, sin referencia a la igualdad económica. La propiedad es un «derecho sagrado e inviolable» y no se hace intento alguno de definirla o limitarla; tampoco se hace mención alguna de la obligación del Estado de proveer trabajo o auxilio a los pobres y a los desposeídos. También se guarda silencio en lo referente a los derechos de reunión, petición y asociación. Se dice que la ley es «la expresión de la voluntad general» [...] pero no hay garantías de que todos los ciudadanos tengan un derecho igual a aprobarla y menos aún en las colonias: no se hace mención alguna de la esclavitud o del comercio de esclavos. En materia de religión, protestantes y judíos quedan autorizados a profesar sus creencias, «siempre que su manifestación no perturbe el orden público», pero mientras la Iglesia católica siga siendo la única Iglesia estatal de Francia no se puede hablar de total libertad de conciencia. A pesar de la nobleza de su lenguaje y de su proclamación de principios universales, la Declaración es, fundamentalmente, un manifiesto de la burguesía revolucionaria y de sus aliados clericales y aristocrático-liberales. Como tal, representaba el toque de difun-

tos del Antiguo Régimen y preparaba al público para la constructiva legislación que estaba por venir (72).

Eric Hobsbawm, otro gran historiador de la época ha escrito lo siguiente:

Más específicamente, las demandas de la burguesía de 1789 se hallan incorporadas en la famosa Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de aquel año. Este documento es un manifiesto contra la sociedad jerárquica de nobilidad, pero no uno en favor de una sociedad democrática o igualitaria. «Los hombres nacen libres e iguales en derechos; las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común» dice su artículo primero. Pero, al mismo tiempo, la Declaración establece distinciones sociales aunque solamente «fundadas en la utilidad común». La propiedad privada era un derecho natural, sagrado, inalienable e inviolable. Los hombres eran iguales ante la ley y los empleos estaban abiertos a ellos sin otra distinción que la de su talento. Pero, aún cuando la partida se hacía en igualdad de condiciones, se asumía que no ocurriría lo propio en la llegada. La declaración estableció (contra la jerarquía nobiliaria del absolutismo) que «todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a la formación de la ley» pero «bien personalmente, bien a través de representantes». De otro lado, la asamblea representativa que la Declaración consideró el órgano fundamental de gobierno, no era necesariamente una proveniente de elección democrática, ni tampoco suponía el fin de los reyes. La monarquía constitucional basada en una oligarquía propietaria que se expresara a través de una asamblea representativa, congeniaba más con la mayoría de los burgueses liberales que la república democrática, a pesar de que esta última habría sido una más lógica expresión de sus aspiraciones teóricas, y de que algunos no dudaban en promoverla. En suma, el clásico burgués liberal de 1789 (y el liberal de 1789-1848) no era un demócrata sino un propugnador del constitucionalismo, de un estado secular con libertades y garantías para la iniciativa privada, y de un gobierno conformado por contribuyentes y propietarios (73).

---

(72) RUDE, G. *La Europa revolucionaria 1783-1815.* Madrid, Siglo XXI Editores S.A., 1974, pp. 130-131.

(73) HOBSBAWM, E.J. *The age of revolution. Europe 1789-1848.* London, Cardinal, 1973, pp. 79-80. (Traducción nuestra).

En síntesis, los derechos eran los esenciales que el liberalismo burgués exigía. No habían dado el salto completo hacia la libertad económica y tampoco tomaban en consideración a los pobres. Si, en cambio, habían dado el golpe de gracia al Antiguo Régimen basado en diferencias y privilegios. La Declaración francesa, como muchos otros documentos de la época se explican perfectamente por lo que pretendieron destruir. Como es lógico siendo tiempos de grandes cambios, muestran también límites y zonas grises en las que las definiciones no han sido tomadas.

La historia posterior mostró un triple avance: de un lado, se fortalecieron los derechos individuales; de otro, los derechos políticos se otorgaron a pocos y ricos y, de otro, se puso en ejecución un programa liberal para la economía que, al final de cuentas, fue lo único que permaneció durante todo el proceso revolucionario.

Esta combinación generó rápidamente un nuevo tipo de relaciones sociales y económicas en la sociedad, dentro de un proceso acelerado por las transformaciones napoleónicas, primero en Francia y luego extendidas a buena parte de Europa continental. En esencia, se trató de la introducción del capitalismo liberal en el campo y en la producción urbana, así como en la distribución de bienes. Sin mayores regulaciones, los salarios cayeron a valores ínfimos por la gran cantidad de personas que migraron a las ciudades desde los campos ahora cercados por los nuevos propietarios, y los trabajadores que encontraban un puesto de trabajo tenían que laborar dieciséis horas diarias sin descansos semanales ni anuales.

Fue así como las protestas, que ya habían comenzado en Inglaterra un tiempo antes por su revolución antelada, se extendieron a toda Europa. Los movimientos sociales que se inician en 1848 tienen un profundo significado social y dan origen a los partidos social-demócratas que existirán en Europa y se extenderán poco a poco hacia países como el Perú. Durante buena parte del siglo XIX el derecho de asociación política no existe y muchas veces está prohibido. Por consiguiente, los gremios de trabajadores tienen que ser clandestinos y asumen tintes anarquistas.

El siglo XIX es una lucha permanente por mejores condiciones sociales y por el voto universal. Poco a poco, a lo largo de los años, se van obteniendo reivindicaciones para los sectores de trabajadores: la jornada descenderá hasta las ocho horas diarias de trabajo y se obtienen derechos laborales mínimos.

Todo este proceso se consolida constitucionalmente, por primera vez, en otra Constitución hija de la revolución: la de Querétaro, México, de 1917: es la primera que contiene una declaración extensa de derechos laborales.

Al propio tiempo, en Europa de principios del siglo XX ha ocurrido la gran tragedia de la Primera Guerra Mundial en la cual Alemania es derrotada. El colapso económico y social sacude al país y en ese proceso elabora una Constitución con una asamblea de claro dominio social-demócrata. Se produce así la Constitución alemana de Weimar, de 1919, en la cual se reconocen no sólo varios derechos sociales, sino también ciertas obligaciones del Estado para con los ciudadanos en materia de prestaciones sociales, de obtención de empleo, etc.

Con las Constituciones de México y de Alemania se ha iniciado la ola de los derechos constitucionales de carácter social, que son los de segunda generación.

El fenómeno llega muy rápidamente al Perú: entre los artículos 37 y 58 de la Constitución de 1920 se encuentran ya varias garantías sociales (como las llamaron en dicha Carta). Algunas son antiguas como la del derecho a la educación, pero al lado de ella aparecen otras inéditas en las Constituciones anteriores: preocupación por las condiciones de trabajo, por la solución de los conflictos laborales, por el provisionamiento de servicios esenciales, etc. La Constitución peruana de 1933 contiene, ya, un extenso elenco de derechos sociales así como de prestaciones que el Estado se compromete a realizar en favor de las personas. Esto último fue desarrollado en todo el mundo de manera intensa a raíz de la Gran Depresión de 1929.

Hasta aquí, el progreso de los derechos individuales originales de primera generación, y de los derechos sociales de segunda generación. Los derechos políticos han seguido también una evolución diferencial en los países. Algunos llegaron al voto universal durante el siglo XIX; muchos lo hicieron en el período entre las dos guerras mundiales. El camino del Perú es conocido: una modernización del sistema electoral en 1930 pero todavía con una minoría de la población en capacidad de votar (que, en pocas palabras y grandes simplificaciones, eran los varones mayores de 21 años que supieran leer y escribir y no formaran parte de los gru-

pos impedidos por función como, por ejemplo, los militares). Como ya se dijo antes, el voto de la mujer llegaría en 1956 y el de los analfabetos, que realmente universaliza los derechos políticos en el Perú, en 1980.

No obstante, los horrores de la Segunda Guerra Mundial, hicieron reaccionar al mundo y, a partir de su finalización, se dio un verdadero vuelco a las cosas: en 1948, año de la aprobación de la Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, se inicia un verdadero proceso de institucionalización de los derechos humanos en la vida económica, social, política y jurídica del mundo entero. Naciones Unidas logra, creemos, que los derechos humanos no sólo se desarrollen y fortalezcan, sino que los convierte en una forma de nuevo Derecho Natural que prescribe qué es lo correcto y lo incorrecto de los Derechos (y de la actuación política), de todos los Estados del mundo. Hemos llegado a la situación en que, para bien de la seguridad de muchos seres humanos, Naciones Unidas organiza expediciones militares de fuerzas de protección que ingresan a territorio de Estados formalmente soberanos, para proteger a las partes en conflicto, particularmente a las poblaciones civiles. Alguna vez, en la Guerra del Golfo de principios de los años noventa, Naciones Unidas fue la organización que movilizó un ejército de combate para retirar por la fuerza al ejército que invadió Kuwait. Todo esto ha ocurrido en defensa de los derechos humanos universales y, más allá de las opiniones particulares que podamos tener sobre cada uno de los eventos citados, lo cierto es que los derechos humanos se han vuelto un protagonista de primera magnitud en el mundo contemporáneo, generalmente para bien.

Y es precisamente en este contexto internacional, que se ha promovido una ola de derechos llamados de *tercera generación*, que son aquellos que protegen intereses comunes y no individuales: la preservación del medio ambiente y de la vida en sus diferentes manifestaciones son dos ejemplos, tal vez los más conocidos, de esta nueva generación a la que algunos han llamado en la teoría *intereses difusos* porque en realidad pertenecen a todos y a nadie en particular. Como resulta obvio, esto tiene consecuencias jurídicas muy claras en materia de quién y cómo puede accionar en su defensa y en otros aspectos más, de indudable interés jurídico.

De esta manera, la arena internacional se ha convertido en escena-

rio privilegiado del desarrollo de los derechos humanos con dos consecuencias jurídicas muy importantes:

Los instrumentos internacionales, es decir los tratados de Derechos Humanos, son hoy fuentes de valor autónomo para la vigencia de dichos derechos. El artículo 3 de nuestra Constitución y la cuarta disposición transitoria no son sino un fiel reflejo de esto que decimos.

Las cortes internacionales de Derechos Humanos (en nuestro caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos), producen jurisprudencia que obliga a los países y que uniformiza y desarrolla la protección de los derechos humanos dándoles una dimensión verdaderamente universal. Hoy, si una persona se halla desprotegida en su país, con seguridad hallará protección internacional efectiva para revertir la situación, hasta donde ello es posible.

Dentro de las limitaciones que existen, y también de las vergüenzas que pasa la humanidad por las barbaridades que se comenten de seres humanos a seres humanos en muchas partes del mundo, hay que reconocer que la situación es mucho mejor que la que existía en el pasado; que la conciencia de la importancia de los derechos ha crecido y que, probablemente, nadie podría pretender legitimar los horrores que se hicieron y legitimaron en Europa durante la Segunda Guerra. De hecho, cuando han ocurrido como en la guerra entre serbios y bosnios de mediados de los años noventa, la comunidad internacional no sin vacilaciones y resquebrajamientos, ha logrado establecer negociaciones que conduzcan a la paz y ha previsto sancionar a quienes violaron desde el poder los derechos humanos de manera sistemática.

2.2. La ubicación de los derechos reconocidos en los tratados internacionales dentro del Derecho peruano

A propósito de lo que hemos venido desarrollando hasta aquí, es importante tratar el tema de la significación que los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional, tienen dentro del Derecho interno peruano. La discusión se encendió en el Perú porque el artículo 105 de la Constitución de 1979, no fue incorporado en la de 1993. Dicha norma decía:

"Constitución de 1979, artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución".

Como el texto no pasó a la Constitución vigente, hay quienes han sostenido que estos derechos ya no tienen jerarquía constitucional en el Perú.

Para pronunciarse sobre el tema de manera integral, es preciso primero analizar el conjunto de normas que la Constitución de 1993 tiene respecto del tema.

El artículo 3 dice lo siguiente:

"Constitución peruana, artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma Republicana de gobierno".

No corresponde aquí hacer el análisis exegético detallado de este dispositivo, sino rescatar lo esencial que contiene para ubicar los derechos reconocidos en tratados internacionales, dentro del Derecho peruano.

Es obvio que se trata de un artículo de incorporación de otros derechos no expresamente mencionados en la Constitución, dentro del ordenamiento peruano. Esto no necesita ser fundamentado desde que se halla en el texto mismo de la Constitución.

¿En qué nivel del Derecho peruano entran estos derechos? Podrían ser dos las posibilidades: una el nivel constitucional; otra, el nivel del rango de ley. ¿Cúal es la interpretación más correcta? Para resolver esta incógnita tenemos primeramente que darnos cuenta que el artículo 3 es de rango constitucional y, por consiguiente, todo lo que establezca lo incorpora en dicho rango. Podría haber hecho la aclaración de que incorporaba a estos derechos en un rango menor pero no lo hizo. De otro lado, aquí se está hablando claramente de derechos constitucionales y se da la misma calidad a todos los demás

Este conjunto de argumentos nos lleva a sostener, sin lugar a dudas, que el artículo 3 incorpora a todos estos derechos en el rango constitucional: primero porque es un artículo de dicho rango; segundo, porque está hablando de otros derechos constitucionales a los que asimila éstos; tercero, porque en ninguna parte del texto se discrimina hacia un nivel menor a los nuevos derechos que se reconoce.

El artículo no dice si se refiere a los demás derechos no consignados en la Constitución que emerjan de textos de tratados internacionales o de otras fuentes reconocidas, ni tampoco especifica si dichos tratados tienen que estar ratificados por el Perú o no. En consecuencia, tanto por la literalidad de la norma, como por la protección extensiva que su *ratio legis* da a los derechos constitucionales, tenemos que entender que es a todos ellos, siempre que cumplan las características establecidas en el artículo: provengan de la costumbre internacional, de otras fuentes, de tratados ratificados por el Perú o de tratados no ratificados por el Perú.

En síntesis, no nos queda duda que la incorporación de derechos que hace el artículo 3, es de todos los demás derechos posibles según su texto, en el plano constitucional. Tampoco nos queda duda de que pueden ser derechos provenientes de distintas fuentes siempre que sean reconocidos. Por consiguiente, desde el punto de vista de este artículo, también los derechos de tratados ratificados por el Perú, quedarán incorporados en el plano constitucional. En realidad, esta es una razón *a fortiori* y no sólo *a pari* porque con mayor razón estarán incorporados en el máximo plano los derechos de tratados ratificados por el Estado.

La segunda norma que tiene que ver con el tema es el artículo 57 en su segundo párrafo que establece:

"Constitución peruana, artículo 57.-

[...]

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.

[...]".

Si se recurre al procedimiento de reforma de la Constitución, formalmente la aprobación de ese tratado *es* una reforma constitucional para efectos jurídicos. En realidad se hace así para que si en el futuro aparece una incompatibilidad entre el tratado y la Constitución, pueda primar aquél sobre ésta. Eso le da rango constitucional. Por consiguiente, los tratados que pasen por este trámite tendrán rango constitucional.

Y aquí resulta importante analizar el caso de la decimosexta disposición final de la Constitución de 1979 que decía:

"Constitución de 1979, decimosexta disposición transitoria.- Se ratifica constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Se ratifica, igualmente, la convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Por esta disposición, y mientras rigió la Constitución de 1979, los instrumentos *ratificados* tuvieron rango constitucional.

La Constitución de 1993 no dijo nada al respecto: en su texto no queda rastro de la decimosexta disposición transitoria de la Carta de 1979. Más bien, la nueva décimo sexta disposición final establece:

"Constitución peruana, décimo sexta disposición final.- Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979".

¿Qué ocurrió con estos instrumentos internacionales? Aquí caben tres posibilidades:

- Al ser sustituida la Constitución de 1979, su valor ha caducado como ocurrió con todas las demás normas de dicha Carta.
- Su ratificación se mantiene pero sin rango constitucional.
- Su ratificación se mantiene con rango constitucional.

Tanto en la Constitución de 1979 (artículo 107) como en la de 1993 (artículo 57), los tratados una vez ratificados sólo pierden vigor cuando son denunciados (salvo que tengan fecha de caducidad predeterminada, naturalmente). Por lo demás, este es un principio general del Derecho Internacional.

Por consiguiente, nuestra primera conclusión es que los tratados se mantienen en vigor dentro del Perú. Podría sin embargo, suceder que hayan *perdido grado* en el sentido de que al no haber sido ratificado su rango constitucional, ya no lo tienen.

Este es para nosotros un argumento extraño: si los tratados mantienen su vigencia y si el Estado peruano sigue vinculado a ellos, no se ve cómo es que puede cambiar el nivel del constitucional al del rango de ley. Al existir una situación constitucional que compromete la palabra del país, y al no cambiarse tal situación en ninguna de sus condiciones, debe entenderse necesariamente que el Estado sigue obligado en su palabra, de la misma forma que como la dijo originalmente. Por lo demás, es principio en todos los ámbitos del Derecho, que los convenios valen para las partes desde que son acordados, y que no pueden ser modificados sino por acuerdo de las mismas partes (salvo la posible denuncia internacional unilateral, que no sería aplicable a lo que ahora discutimos). Finalmente, es obvio que la vocación de todos los instrumentos de derechos humanos mencionados en la decimosexta disposición transitoria de la Constitución de 1979, era el tener valor universal y, por tanto, ser normas de máximo rango en el Derecho de cada Estado.

Si sumamos todas estas razones, llegaremos a la evidente conclusión que no se ha modificado la condición de normas constitucionales de los mencionados tratados, porque la ratificación una vez realizada, mantiene su vigor: primero, porque fue palabra empeñada, segundo porque la vocación de esas normas es el mayor rango posible y, tercero, porque son acuerdos del Perú que no pueden romperse unilateralmente si no es por la denuncia, cosa que no ha sucedido.

Finalmente, está la Cuarta Disposición Final de la Constitución que establece:

"Constitución peruana, cuarta disposición final.- Las normas relati-

vas a los derechos y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú".

Según esta norma, los tratados y la Declaración Universal tienen valor hermenéutico para el Derecho Constitucional peruano, le dan significados concretos y precisan sus alcances. ¿Sería pensable que esto fuera así si dichos tratados tienen rango inferior a la Constitución? ¿Es sistemático que las normas de inferior rango den significado a las de mayor?

Indudablemente las respuestas son negativas. Todo lo que ayuda a dar significado tiene por lo menos igual valor que la norma interpretada o, en todo caso, mayor valor: la orden del sargento puede ser interpretada y precisada en función de lo que estableció el general, pero no a la inversa. Con mayor razón en el Derecho que es, precisamente, un conjunto de estructuras normativas jerárquicamente organizadas.

Por todas las razones antedichas, nosotros sostenemos lo siguiente:

- Son derechos constitucionalmente establecidos, en virtud del artículo 3 de la Constitución, todos los que se hallen a lo largo del texto constitucional.
- Son derechos constitucionales los tratados ratificados por el Perú que contengan derechos humanos, en aplicación de las tres disposiciones que hemos analizado antes.
- Son, inclusive, derechos humanos de rango constitucional los que estén contenidos en tratados no ratificados por el Perú, o que provengan de otras fuentes del Derecho Internacional, y que cumplan los requisitos que establece el artículo 3 de la Constitución.

Muchas veces, como veremos en el desarrollo de este trabajo, los derechos establecidos internacionalmente no son completamente nuevos en relación al texto constitucional, pero tienen precisiones o ampliaciones que no están en nuestra Carta y que, de esta manera, la enriquecen no sólo desde el punto de vista de la interpretación, sino también del de los textos mandatorios mismos.

Darles el rango de derechos constitucionales, significa que pueden ser exigidos mediante las garantías establecidas en la Constitución.

En el tratamiento que hagamos de los derechos constitucionales, y muy especialmente cuando aludamos a normas provenientes de los instrumentos internacionales, muchas veces haremos alusión a nuestra opinión sobre la constitucionalidad de dichos derechos en el Perú. La fundamentación de ella es la que hemos hecho en este acápite.

2.3. Resumen de los derechos contenidos en este título

Finalmente, y como introducción al tema de los derechos constitucionales, consideramos importante hacer un breve resumen del título que ahora comenzamos a trabajar. Estos derechos han sido divididos en diversas categorías:

- Derechos fundamentales que son los que permiten constituir cabalmente la vida individual y social del ser humano. Son los derechos que se llaman de *primera generación* porque fueron ya establecidos desde el primer momento en que las constituciones empezaron a ser apobradas en el mundo, hace poco más de doscientos años.

- Los derechos sociales y económicos, que son denominados derechos de *segunda generación* y constituyen normas que regulan las relaciones sociales y económicas, y prestaciones con atención particular de las personas en condiciones que no les permiten atender sus propias necesidades más urgentes. Por consiguiente, los derechos sociales son bien normas, bien prestaciones del Estado en favor de las personas. Estos derechos han disminuido sustantivamente en la enumeración de 1993, con relación a la Constitución de 1979.

- Los derechos políticos que en gran síntesis son los de votar, elegir y participar en organizaciones políticas. Son el pilar de la estructura democrática, desde el punto de vista de la participación ciudadana.

- La función pública, que en su origen es el derecho de participar en igualdad de condiciones en la oportunidad de acceder a los em-

pleos públicos. Con el desarrollo del Estado, en esta parte se combinan las normas de la igualdad, con las reglas más importantes de organización de la carrera administrativa dentro del Estado.

Finalmente, se consideran también los deberes más importantes del ciudadano dentro de la sociedad política. Esta Constitución los ha reducido a un artículo: el 38.

Todo ello está presidido por la norma del artículo 1 de la Constitución que consagra la primacía de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado.

3. TITULO I, CAPITULO I: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Este primer capítulo del tratamiento de los derechos humanos y constitucionales, se refiere gruesamente hablando a dos tipos de derechos que tienen en común el ser constitutivos de la vida individual y social del ser humano.

No existen derechos si no es en sociedad. Esto ya ha sido claramente definido por la teoría. Pero mientras que para que algunos derechos sean ejercitados sólo se necesita a su titular, otros sólo pueden serlo si se ponen en relación dos o más titulares. Por ejemplo, el derecho al honor es típicamente individual; el derecho de reunión es también fundamental pero sólo puede haber reunión donde hay dos o más seres humanos uno al lado del otro.

Los derechos de que trata este capítulo, en consecuencia, siendo todos fundamentales, pueden ser clasificados de esta manera:

Derechos personalísimos, es decir, que siendo sociales, pertenecen al entorno mismo de cada ser humano:

Vida.
Identidad.
integridad moral psíquica y física.
libre desarrollo.

Bienestar.
concebido como sujeto de derecho.
Igualdad ante la ley.
Libertad de conciencia y religión.
Intimidad.
Honor.
creación intelectual, artística, técnica y científica.
Inviolabilidad del domicilio.
Elegir residencia y transitar.
Disfrute del tiempo libre
Descanso.

Derechos fundamentales que sólo pueden ser ejercitados en relación con otras personas:

libertades de información, opinión, expresión y difusión.
Solicitar información.
Propiedad intelectual.
Reunión.
Asociación.
Contratación.
Trabajo.
Propiedad.
Herencia.
Participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.
Reserva de convicciones.
Buena reputación.
Inviolabilidad y secreto de comunicaciones y documentos privados.
Identidad étnica y cultural.
Petición.
Nacionalidad.
Paz.
Tranquilidad.
Legítima defensa
Libertad y seguridad personal (que tiene multitud de expresiones en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución de 1979.

Desde luego, estos no son los únicos derechos constitucionales y humanos. Tampoco basta que existan sólo ellos para que ya haya una vida cabalmente humana para las personas. Pero sí son un conjunto de prerrequisitos sin los cuales la vida social no puede ser llevada a cabo normalmente y para beneficio de las personas. Es por ello que son denominados fundamentales: fundamentan a la sociedad como conjunto en el sentido que la hacen humanamente posible y deseable.

El tratamiento que a estos derechos dan las Constituciones de 1979 y 1993, en términos globales, es bastante similar. En realidad, consideramos que en esta materia no hay cambio sustantivo de una Carta a la otra.

Sí se han producido cambios particulares, algunos para mejor y otros para peor. Para mejor, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso; el derecho a la propia voz que no estaba en la Constitución de 1979; el tratamiento general del derecho a utilizar el propio idioma.

Para peor, la eliminación de la cláusula que establecía que "La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón"; la eliminación de la prohibición de interferir las comunicaciones telefónicas; el tratamiento menos completo del derecho al medio ambiente en sus diferentes aspectos; la eliminación del derecho a alcanzar un nivel de vida que permita a la persona asegurar su bienestar y el de su familia (contenido en el artículo 2 inciso 15 de la Constitución de 1979); y, la eliminación del principio de que nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (artículo 2, inciso 20 literal k) de la Constitución de 1979).

Finalmente, y siguiendo la tónica ideológica neoliberal impuesta a toda la Constitución, se ha eliminado toda referencia a los principios de justicia y de interés social, sustituyéndolos por la regla de que los límites los impone la norma de orden público. El caso más saltante de esto que comentamos es el de los límites al ejercicio del derecho de contratación.

En definitiva, consideramos que esta parte de la Constitución no

tiene cambios sustanciales, aunque algunos aportes y otros desmejoramientos existentes en la Constitución de 1993 han variado en algo la normatividad aplicable a los derechos fundamentales. Sí es cierto decir que, para las transformaciones importantes que se ha hecho, no hacía falta un Congreso Constituyente. Las mejoras hubieran podido hacerse, en esta parte, recurriendo al artículo sobre reforma constitucional que contenía la Carta.

4. Artículo 1

«Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

Antecedentes en la Constitución de 1979.

El antecedente de este artículo 1 de la Constitución de 1993 es el artículo 1 de la Constitución de 1979:

"Artículo 1.- La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla".

En la Constitución de 1979 se decía que el fin supremo de la sociedad y del Estado era la persona humana. En la de 1993 se dice que dicho fin supremo son la defensa de la persona y el respeto de su dignidad.

A pesar que el texto ha sido cambiado, el sentido último de los artículos es el mismo: respetar y proteger o defender al ser humano es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Análisis exegético

Si bien es cierto que en última instancia tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 tienen igual significado normativo en esta materia, en realidad, consideramos que el texto de la Constitución de 1979 hacía mejor atención a la naturaleza de las cosas al poner a la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado porque es al ser humano al que corresponde tal privilegio por ser quien es. La fórmula que utiliza la Constitución de 1993 es imperfecta desde el punto de vista de su ex-

presión porque gramaticalmente dice que los fines supremos de la sociedad y del Estado son la defensa y el respeto de la dignidad de la persona. Se equivoca porque ambas son tareas o responsabilidades y no pueden ser fines en sí mismos. Sólo el ser humano, de lo que existe sobre la tierra, puede tener tal condición. No es fácil encontrar la razón por la que se hizo este cambio.

Más allá de estas diferencias, lo cierto es que si de lo que se trata en la sociedad es de defender a la persona y respetar su dignidad, lo que en verdad se está diciendo es que ella es el centro de la vida social. Sin embargo, al establecer esto último, debemos cuidarnos de no caer en una apreciación puramente individualista de la Constitución, que sería una de las posibilidades en juego. Dar a la persona el centro de la vida social no quiere decir que ella es importante solamente como *individuo*. Cuando se habla de persona y de sociedad, se está trabajando sobre dos conceptos que resultan a la vez distintos y complementarios. Distintos porque cada ser humano es distinto del grupo. Complementarios porque la sociedad no es otra cosa que un conjunto estructurado de relaciones humanas, distintas a la suma de individuos como tal y, también, porque cada ser humano se desarrolla dentro de la sociedad a la que pertenece y, en ciertos aspectos muy importantes, es moldeado por ella. En otras palabras, el ser humano jurídicamente considerado, lo es en tanto individuo y también en sus relaciones sociales sin que lo uno pueda ser aislado de lo otro.

Luego de revisar el materialismo y el existencialismo, la Comisión Teológica Internacional dice respecto del tema que venimos tratando:

> Contra el naturalismo materialista y el existencialismo ateos, el «personalismo comunitario» defiende que el hombre está, por su misma naturaleza y por una forma de ser más elevada, orientado hacia una finalidad que supera el proceso físico de este mundo. Tal personalismo difiere radicalmente del individualismo; pone de relieve la naturaleza social del hombre, considerando al individuo, en primer lugar, en relación con los demás individuos y, en segundo término, solamente en relación con las cosas.
>
> La persona, en cuanto tal, no puede existir ni puede conseguir el pleno desarrollo, si no es en la unión y en la comunicación con los demás hombres. Así entendida, la comunidad personalista

difiere notablemente de aquellas sociedades meramente políticas o de aquellos grupos sociales que descuidan las realidades espirituales y una auténtica autonomía (74).

Consideramos que esta concepción personalista es la que mejor interpreta el sentido de las normas, tanto de 1979 como de 1993: una persona inserta en una sociedad que le debe respeto y defensa, pero no solamente como individuo, sino también como miembro de la sociedad. Esto fuerza a que las relaciones humanas no sean solamente centradas en el interés particular, sino que a la legitimidad de él, se sumen los intereses sociales y la solidaridad.

El Papa Juan Pablo II polemiza con las tesis materialistas y nos recuerda la solidaridad en el sentido que todos somos personas y no sólo los capaces o los más capaces, cosa muchas olvidada en los actuales tiempos de competencia y búsqueda de máxima eficiencia:

> En la perspectiva materialista expuesta hasta aquí, las relaciones interpersonales experimentan un grave empobrecimiento. Los primeros que sufren sus consecuencias negativas son la mujer, el niño, el enfermo o el que sufre y el anciano. El criterio propio de la dignidad personal —el del respeto, la gratuidad y el servicio— se sustituye por el criterio de la eficiencia, la funcionalidad y la utilidad. Se aprecia al otro no por lo que «es», sino por lo que «tiene, hace o produce». Es la supremacía del más fuerte sobre el más débil (75).

La persona como centro de la sociedad y la finalidad de proteger su dignidad suponen respeto, gratuidad y servicio, que deben estar por encima de otros objetivos como la eficiencia, la funcionalidad y la utilidad los que, si bien son deseables en sí mismos, no pueden convertirse en fines ni en valores. Son medios que deberán respetar los principios antedichos. La persona es esencialmente igual a la otra no por lo que tiene,

---

(74) COMISION TEOLOGICA INTERNACIONAL. *Dignidad y derechos de la persona humana*. Santiago de Chile, Ediciones Paulinas, 1985, pp. 34-35.

(75) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f., par. 24, pp. 23-24.

hace, produce o por la fuerza con que cuenta, sino porque es igual a cada una de las demás en tanto humana. Por ello mismo, la solidaridad y el servicio gratuito a los demás son pilares de la organización social rectamente entendida como humana. La solidaridad está reconocida en el artículo 14 de la Constitución que establece que la educación la fomenta. También, a su manera, está reconocida en la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas aunque mencionada bajo el signo de la fraternidad:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

Una significación adicional de la norma que comentamos consiste en que el desarrollo del conocimiento humano tiene que ser puesto al servicio de la persona antes bien que someter a ésta a los intereses de aquél. El Papa lo ha señalado al tratar de la investigación biomédica, aspecto de punta en el conocimiento humano contemporáneo, pero el mismo principio puede ser extendido sin cambiar su naturaleza a todas las demás investigaciones. Pensemos solamente en el desarrollo de las armas de guerra. Dice el Papa:

«[...] la investigación biomédica, campo fascinante y prometedor de nuevos y grandes beneficios para la humanidad, debe rechazar siempre los experimentos, descubrimientos o aplicaciones que, al ignorar la dignidad inviolable del ser humano, dejan de estar al servicio de los hombres y se transforman en realidades que, aparentando socorrerlos, los oprimen» (76).

Un aspecto complementario de lo que venimos señalando, consiste en que la persona no puede ser entendida sólo como entidad material, ni sólo como entidad espiritual. Existe una unidad de naturaleza entre ambos elementos que tiene que ser reconocida tanto al individuo como a él en sus relaciones sociales. El conocimiento y la acción personal deben ser respetuosos de este principio:

---

(76) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f., par. 89, p. 88.

«Una primera conclusión se puede extraer de tales principios: cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente los tejidos, órganos y funciones; afecta también, y a diversos niveles, a la persona misma; encierra por tanto un significado y una responsabilidad morales, de modo quizá implícito, pero real. Juan Pablo II recordaba con fuerza a la Asociación Médica Mundial: (Cada persona humana, en su irrepetible singularidad, no está constituida solamente por el espíritu, sino también por el cuerpo y por eso en el cuerpo y a través del cuerpo se alcanza a la persona misma en su realidad concreta. Respetar la dignidad del hombre comporta, por consiguiente, salvaguardar esa identidad del hombre *corpore et anima unus*, como afirma el Concilio Vaticano II *(Const. Gaudium et Spes,* 14,1). Desde esta visión antropológica se deben encontrar los criterios fundamentales de decisión, cuando se trata de procedimientos no estrictamente terapéuticos, como son, por ejemplo, los que miran a la mejora de la condición biológica humana» (77).

Por consiguiente, podemos decir que este artículo 1 significa varias cosas simultáneamente: que la persona humana es el centro de la sociedad, entendida a la vez como individuo y como sujeto de relaciones sociales. Que la sociedad le debe defensa y respeto a su dignidad la que consiste, en esencia, en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona. La solidaridad, así, debe ser un rasgo característico de la sociedad y guiar las conductas humanas.

Entendemos que este artículo no es solamente una declaración general. Los principios que hemos encontrado sirven, en nuestro criterio, para iluminar la aplicación de toda la Constitución y, por consiguiente, del orden jurídico en su conjunto. La defensa de la persona y el respeto de su dignidad podrán ser argumentados jurídicamente en el Perú, y la jurisprudencia deberá darles significados concretos que sirvan de protección para el ser humano en nuestra sociedad. En este sentido, decimos

---

(77) Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.* Santafé de Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, pp. 10-11.

que el artículo 1 de la Constitución es un principio hermenéutico para todo el sistema jurídico: sirve para que allí donde no haya significados claros en las normas, o donde debamos sustituir una laguna del Derecho con una regla, la primacía de la persona sea un elemento determinante en los contenidos a diseñar y, también, en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate.

Asunto de importancia al tratar de la persona humana en el contexto de este artículo, es la concordancia que necesariamente debe hacerse con la Cuarta Disposición Final de la Constitución que dice:

"Constitución de 1993, Cuarta Disposición Final.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú".

En una cierta medida, este artículo 1 se refiere a la síntesis de la posición de la persona humana en la sociedad jurídicamente organizada: es el centro de ella. Por consiguiente, la protección de los derechos humanos en consonancia con las declaraciones internacionales, constituirá no el único, pero sí un medio poderoso para su defensa y respeto. De los derechos trataremos, precisamente, en las páginas que siguen.

Finalmente, es importante decir que la primacía de la persona humana en la sociedad jurídicamente organizada por la Constitución, no sólo aparece dentro del texto constitucional en sí mismo. Muchas otras normas entre las que caben citar el Código Civil, el Código del Niño y del Adolescente, las leyes que se refieren a las relaciones pacíficas entre las personas y otras muchas más, son disposiciones en las que hay que enriquecer nuestro conocimiento de la predominancia social de la persona para el Derecho, y a través de las cuales hay que defenderla concretamente frente a los peligros y agravios que se realicen contra ella.

5. Artículo 2 inciso 1

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El derecho a la vida fue protegido expresamente en las constituciones de 1860 y 1920 con los siguientes textos:

«Constitución de 1860, artículo 16.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado».

«Constitución de 1920, artículo 21.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión, y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley».

Puede apreciarse que las normas de las dos Cartas tienen las siguientes características:

- La vida está protegida contra toda injusta agresión. Se excluyen los casos de afectación de la vida por razones justas y una de ellas es la legítima defensa cuando ocurren todos sus supuestos.

- La pena de muerte es permitida en las dos Constituciones para el homicidio calificado. La de 1920 la extiende para los delitos de traición a la patria.

Los demás derechos contenidos en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución de 1993, no tienen antecedentes.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 es el siguiente:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1.- A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desen-

volvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece. [...]"

Este artículo consagra, al igual que el de la Constitución de 1993, el derecho a la vida. En lo demás hay ciertas variaciones.

La Constitución de 1979 protegía el *nombre propio* en tanto que la de 1979 protege la *identidad* que es una versión más comprehensiva pues incluye el nombre y otros elementos que permitan identificar a la persona.

La Constitución de 1979 protegía la integridad física, en tanto que la de 193 protege además la integridad moral y la psíquica. Es, nuevamente, un tratamiento más completo.

La Constitución de 1979 protegía el *libre desenvolvimiento de la personalidad* en tanto que la de 1993 se refiere al *libre desarrollo.* Ambas normas dicen sustantivamente lo mismo aunque, aquí, mayor precisión y mejor concepto tiene la de 1979 porque el libre desenvolvimiento de la personalidad tiene un significado bastante preciso en el sentido de ejecución de las capacidades personales. El libre desarrollo es más una declaración retórica.

La Constitución de 1979 se refiere *al que está por nacer* en tanto que la de 1993 habla del *concebido.* En la tradición jurídica ambas expresiones quieren decir lo mismo. Por consiguiente la protección dada es la misma. Lo que sí es cierto es que ninguna de las dos Constituciones define quién es el concebido, o el que está por nacer, a la luz de las discusiones existentes en la actualidad, es decir, si desde que se unen óvulo y espermatozoide o si desde algún momento posterior. Trataremos el punto en la parte de análisis inmediatamente a continuación.

Análisis exegético

Como se desprende de las comparaciones hechas con textos constitucionales anteriores, la protección del derecho a la vida es más que centenaria en nuestra tradición. No así los demás derechos que aparecen recién en la Constitución de 1979. De ellos, la Constitución de 1993 mejora el tratamiento de la persona al reconocerle su identidad (y no sólo el derecho al nombre que ahora queda comprendido en ella) así como su in-

tegridad en los sentidos moral, psíquico y físico. Hubiéramos preferido que se siga reconociendo el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y no el derecho al libre desarrollo porque aún cuando el sentido normativo es equivalente, resulta más completo el texto de 1979. También estamos de acuerdo con que se haya añadido el derecho al bienestar, no existente en el texto de 1979. La defensa del concebido es igual en las dos Constituciones. Son estos muchos conceptos que requieren un tratamiento analítico.

5.1. El derecho a la vida

La vida no es sino el fluir de los propios hechos del ente viviente, que son de él porque los genera por sí mismo en la realidad. Cuando deja de producir sus propios hechos, aún los más elementales como el crecer de sus propios tejidos o el producir sus propios movimientos, la vida ha cesado. Un equipo de profesores de medicina de la Universidad Católica de Chile dice respecto de la vida:

> [...] «la vida» es una expresión abstracta que como tal no tiene existencia en la realidad. Lo que primera y efectivamente existe en la realidad física son los seres vivos y sus partes. Los entes individuales y concretos que se nutren, crecen y se reproducen. Los seres vivos individuales tienen una existencia propia, autónoma, consistente y temporalmente finita, es decir, nacen y mueren, se generan y se corrompen. Ciertamente, el «fenómeno vital» es un continuo, pero la continuidad de este «fenómeno» no es, en la realidad, sino la expresión de la generación de los seres vivos, los unos a partir de los otros, en una sucesión que no admite discontinuidad (78).

Todo ser humano tiene derecho a la vida, lo que quiere decir que no puede ser muerto arbitrariamente. Esta última afirmación es muy importante porque hay ciertas circunstancias en las cuales se concede, ética y jurídicamente, que la muerte de un ser humano sea producida por otro

---

(78) LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. *Etica clínica*. ¿Santiago de Chile?, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993. Parte VI, Cap. I, p. 224.

ser humano. Por ejemplo, los casos extremos de legítima defensa perfecta, es decir, aquella situación en la cual ocurren todos los requisitos jurídicamente establecidos para que ella exista (ver el artículo 20 inciso 3 del Código Penal) y el resultado de su ejercicio es la muerte de quien hizo la agresión original (la legítima defensa está garantizada en el inciso 23 del artículo 2 de la Constitución de 1993).

Sobre la legitimación moral de la legítima defensa dice Juan Pablo II:

> Hay situaciones en las que aparecen como una verdadera paradoja los valores propuestos por la ley de Dios. Es el caso, por ejemplo, de la legítima defensa, en que el derecho a proteger la propia vida y el deber de no dañar la del otro resultan, en concreto, difícilmente conciliables. Sin duda alguna, el valor intrínseco de la vida y el deber de amarse a sí mismo no menos que a los demás son la base de un verdadero derecho a la propia defensa. El mismo precepto exigente del amor al prójimo formulado en el Antiguo Testamento y confirmado por Jesús, supone el amor por uno mismo como uno de los términos de la comparación: «Amarás a tu prójimo como a ti mismo» (Mc 12, 31). Por tanto, nadie podría renunciar al derecho a defenderse por amar poco la vida o a sí mismo, sino sólo movido por un amor heroico que profundiza y transforma el amor por uno mismo, según el espíritu de las bienaventuranzas evangélicas (cf. Mt 5, 38-48) en la radicalidad oblativa cuyo ejemplo sublime es el mismo señor Jesús.
>
> Por otra parte, la «legítima defensa puede ser no solamente un derecho, sino un deber grave, para el que es responsable de la vida de otro, del bien común de la familia o de la sociedad». Por desgracia sucede que la necesidad de evitar que el agresor cause daño conlleva a veces su eliminación. En esta hipótesis el resultado mortal se ha de atribuir al mismo agresor que se ha expuesto con su acción, incluso en el caso que no fuese moralmente responsable por falta del uso de razón (79).

---

(79) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f. par. 55, p. 55.

Otro caso de muerte jurídica y éticamente justa es la aplicación de la pena de muerte, aunque su extensión se ha ido reduciendo considerablemente y, en la actualidad, se tiende a hacerla casi inaplicable. Dice a propósito Su Santidad Juan Pablo II:

«Entre los signos de esperanza se da también el incremento, en muchos estratos de la opinión pública, de una nueva sensibilidad cada vez más contraria a la guerra como instrumento de solución de los conflictos entre los pueblos, y orientada cada vez más a la búsqueda de medios eficaces, pero «no violentos», para frenar la agresión armada. Además, en este mismo horizonte se da la aversión cada vez más difundida en la opinión pública a la pena de muerte, incluso como instrumento de «legítima defensa» social, al considerar las posibilidades con las que cuenta una sociedad moderna para reprimir eficazmente el crimen, de modo que, neutralizando a quien lo ha cometido, no se le prive definitivamente de la posibilidad de redimirse» (80).

Y luego, en la misma Encíclica Su Santidad dice:

> [...] la pena que la sociedad impone «tiene como primer efecto el de compensar el desorden introducido por la falta». La autoridad pública debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación del crimen, como condición para ser readmitido al ejercicio de la propia libertad. De este modo la autoridad alcanza también el objetivo de preservar el orden público y la seguridad de las personas, no sin ofrecer al mismo reo un estímulo y una ayuda para corregirse y enmendarse.
>
> Es evidente que, precisamente para conseguir todas estas finalidades, la medida y la cantidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente, sin que se deba llegar a la medida extrema de la eliminación del reo salvo en casos de absoluta necesidad, es decir, cuando la defensa de la sociedad no sea posible de otro

---

(80) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f., par. 27, p. 27.

modo. Hoy, sin embargo, gracias a la organización cada vez más adecuada de la institución penal, estos casos son ya muy raros, por no decir prácticamente inexistentes (81).

El derecho a la vida no sólo está tratado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución. También figura en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y que forman parte del Derecho nacional (ver el artículo 55 de la Constitución).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo I traen el siguiente texto, sustantivamente igual en ambas:

«Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo I.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

En lo que respecta al derecho a la vida, en estos tratados se elabora una declaración general como la que tiene nuestra Constitución en el inciso que ahora comentamos. Sin embargo, a ella hay que añadir otras dos normas internacionales muy importantes:

«Pacto internacional de derechos civiles y políticos, artículo 6.-

1.- El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2.- En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no

---

(81) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f.,, par. 56, pp. 55-56.

sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3.- Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

4.- Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5.- No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital».

« Convención Americana sobre Derechos Humanos.- Artículo 4.-

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2.- En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3.- No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4.- En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5.- No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6.- Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente».

Los dos textos tienen vigencia en el Perú por haber sido debidamente ratificados y, por consiguiente, son de cumplimiento obligatorio. Desde luego, no deben ser considerados excluyentes entre sí en lo que regulan de distinta manera. Por el contrario, se complementan el uno al otro de manera que siempre se aplicará la regla más favorable a la vigencia de los derechos humanos.

Ambos textos coinciden en establecer que la persona humana tiene derecho a la vida. El primero sostiene, jusnaturalistamente, que la vida es inherente al ser humano lo que nos parece totalmente correcto. Es una idea defendida desde siempre en el Derecho. La Convención Americana añade la protección desde la concepción. Ambos textos, a su vez, establecen que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente. Esto quiere decir, como ya hemos dicho, que habrá casos en los que la privación de la vida de un ser humano a otro no será arbitraria.

Según estas disposiciones la pena de muerte deberá ser aplicada sólo por los delitos más graves por tribunales competentes y sin violentar las reglas de estos tratados. Las leyes según las cuales se aplique la pena de muerte deben estar en vigor en el momento de cometerse el delito y deben establecer la pena capital de manera inequívoca. La pena de muerte no será extendida a nuevos delitos y si fue abolida, no se la restablecerá. Tampoco será aplicada a menores de dieciocho años ni a mujeres en estado de gravidez ni por delitos políticos o comunes conexos con éstos. Finalmente, los condenados a muerte pueden siempre pedir aplicación del derecho de gracia en cualquiera de sus formas (se mencionan la amnistía el indulto o la conmutación de pena) y tal petición suspende su aplicación. Se podrá siempre acceder al pedido.

Sobre la pena de muerte tratamos con mas extensión a propósito del artículo 140 de la Constitución.

Estas normas luego se desagregan en aplicaciones más detalladas por los organismos internacionales competentes, de tal manera que las expresiones generalmente muy escuetas, adquieren nuevos significados que es posible utilizar en defensa de este derecho. Dice O'Donnell:

> La prohibición de toda privación arbitraria de la vida es un principio básico que protege la vida en las más variadas circunstancias, desde la aplicación de la pena de muerte hasta las tácticas empleadas en conflictos armados, las desapariciones efectuadas por las fuerzas policiales o paramilitares, el uso excesivo de la fuerza en la represión de manifestaciones callejeras y cualesquiera otros actos atentatorios. (82)

El mismo autor indica que los organismos de Naciones Unidas realizan interpretación de las normas y les añaden contenido en función de las realidades concretas a las que las aplican:

"El Relator Especial de la ONU sobre Ejecuciones Sumarias o Arbitrarias también ha declarado que «Si un agente de los servicios de represión emplea una fuerza superior a la necesaria para alcanzar su objetivo legítimo y resulta muerta una persona, ello equivaldrá a una ejecución arbitraria»». (83)

El *derecho a la vida* consiste en que cada ser humano tiene el derecho de no ser muerto sino por causas naturales. Sin embargo, no es un *derecho sobre la vida* en el sentido que la persona pueda disponer de ella según su parecer. El suicidio y el pedido que le quiten a uno la vida para evitarle sufrimiento, no están comprendidos en el derecho a la vida sino que, más bien, son incompatibles con él. Esto alcanza inclusive a la muerte por piedad denominada *eutanasia*. Habiéndola tratado en los párrafos anteriores al que ahora citamos, dice el Papa Juan Pablo II:

---

(82) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 49.

(83) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 52.

De ella debe distinguirse la decisión de renunciar al llamado «ensañamiento terapéutico», o sea, ciertas intervenciones médicas ya no adecuadas a la situación real del enfermo, por ser desproporcionadas a los resultados que se podrían esperar o, bien, por ser demasiado gravosas para él o su familia. En estas situaciones, cuando la muerte se prevé inminente e inevitable, se puede en conciencia "renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embrago las curas normales debidas al enfermo en casos similares». Ciertamente existe la obligación moral de curarse y hacerse curar, pero esta obligación se debe valorar según las situaciones concretas; es decir, hay que examinar si los medios terapéuticos a disposición son objetivamente proporcionados a las perspectivas de mejoría. La renuncia a medios extraordinarios o desproporcionados no equivale al suicidio o a la eutanasia; expresa más bien la aceptación de la condición humana ante la muerte(84).

Y, consecuente con la distinción hecha, al tiempo que acepta la renuncia a medios de curación extraordinarios o desproporcionados, condena moralmente la eutanasia con toda la autoridad que representa:

Hechas estas distinciones, de acuerdo con el magisterio de mis predecesores y en comunión con los obispos de la Iglesia católica, confirmo que la eutanasia es una grave violación de la ley de Dios, en cuanto eliminación deliberada y moralmente inaceptable de una persona humana. Esta doctrina se fundamenta en la ley natural y en la palabra de Dios escrita; es transmitida por la Tradición de la Iglesia y enseñada por el Magisterio ordinario y universal (85).

Así, en el entender de la doctrina católica que compartimos, la protección del derecho a la vida alcanza a la prohibición de la eutanasia,

---

(84) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f. par. 65, pp. 64-65.

(85) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f., par. 65, p. 65.

pero no exige la utilización de métodos extraordinarios o desproporcionados.

Por otro lado, es conveniente recordar también que el Derecho ha protegido siempre la vida sancionando los delitos que se cometen contra ella.

Finalmente, es de notar que aún para los casos de guerra, la humanidad ha desarrollado instrumentos jurídicos del Derecho de Gentes (en el sentido romano clásico de derecho de relación de unos pueblos con otros) que contribuyen entre otras finalidades, a proteger el derecho a la vida. Dice O'Donnell:

> Los Convenios de Ginebra de 1949 sobre el derecho de la guerra o derecho humanitario, ratificados por todos los países latinoamericanos, también tienen implicancias en la protección del derecho a la vida. Los cuatro Convenios de Ginebra, que tratan diferentes aspectos del derecho aplicable en la guerra, contienen un mismo artículo llamado «Artículo 3 Común». Esta disposición está destinada a asegurar un trato humanitario a toda persona que no participa activamente en la guerra y se aplica tanto a miembros de la población civil propiamente dicha como a combatientes que «hayan depuesto las armas (o que) hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa». A diferencia de las demás disposiciones de los Convenios de Ginebra, que se aplican únicamente a guerras internacionales, el «Artículo 3 Común» es válido también para guerras civiles o conflictos armados internos. (86).

En síntesis, podemos decir que el derecho a la vida tiene una extensa protección tanto en la Constitución de 1993 como en tratados internacionales directamente aplicables al Perú, y en los cuatro convenios de Ginebra que contienen el llamado Derecho Humanitario. A este caudal de normas se agregan la jurisprudencia y costumbres internacionales que también pueden ser aplicadas en el Perú de acuerdo al artículo 3 de la Constitución.

---

(86) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 66.

5.2. El derecho a la identidad

El derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quien y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etc.) hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, etc.). Morales Godo se refiere a este tema citando a Fernández Sessarego:

> El maestro peruano FERNANDEZ SESSAREGO ha sido quien ha desarrollado este derecho, convirtiéndose en el pionero en América Latina. Señala el destacado jurista que la identidad personal comprende dos facetas, una estática y otra dinámica. La identidad estática está dada por el físico, su nombre, lo que sí ha merecido tradicionalmente tutela jurídica; *mientras* que la identidad dinámica se manifiesta «como un conjunto de atributos y calificaciones de la persona.
>
> Este último aspecto es el que fue desarrollado por la jurisprudencia italiana reconociendo el interés existencial de la identidad personal en su aspecto dinámico. Este interés existencial de la identidad en su manifestación dinámica consiste en que la persona no vea alterada o desnaturalizada la proyección social de su personalidad, «a que no se discuta, distorsione, recorte o niegue lo que constituye el esencial patrimonio cultural del sujeto, integrado por una multiplicidad de variados aspectos como son, entre otros, el ideológico, el intelectual, el político, el social, el religioso y el profesional de la persona. La tutela requerida en este ca-so es aquella dirigida impedir el falseamiento o desfiguración de lo que significa la «verdad personal». El agravio inferido supone una lesión al perfil social de la identidad personal (87).

La identidad tiene en nuestro concepto relación con varios otros derechos. Entre ellos su vínculo más directo está con los siguientes:

---

(87) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 138.

- Los derechos a la integridad y libre desarrollo contenidos en el mismo inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.
- La libertad de conciencia y religión establecida en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución.
- Las libertades de opinión y difusión del pensamiento, establecidas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución.
- Los derechos al honor y la buena reputación, a la intimidad, a la voz y la imagen, reconocidos en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución.
- La libertad de creación establecida con detalles adicionales en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho de participación en la vida de la Nación, contenido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a mantener reserva sobre sus convicciones, contenido en el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a la identidad étnica y cultural, reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a la nacionalidad propia reconocido en el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a la libertad considerado en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a casarse y formar una familia, contenido en el artículo 4 de la Constitución.
- El derecho a la protección de la salud establecido en el artículo 7 de la Constitución.
- El derecho a educarse que, aun cuando no está expresamente señalado en el texto, consta tácitamente de los artículos 13 y siguientes de la Constitución.
- El derecho al trabajo en tanto medio de realización de la persona, contenido en el artículo 22 de la Constitución. Incluye la libertad de trabajo considerada en el artículo 2 inciso 15 de la misma Carta.
- El derecho de ciudadanía establecido en el artículo 30 de la Constitución.
- El derecho al nombre, contenido en el artículo 19 del Código Civil.
- La capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles, establecida en los artículos 42 y siguientes del Código Civil.

Instrumentos internacionales detallan y añaden estos derechos. Particularmente importantes nos parecen los siguientes:

«Convención sobre los derechos del niño, artículo 7.-

1.- El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [...]».

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 18.- Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario».

Muchos de estos derechos, particularmente el derecho al nombre, debe gozar de la garantía de la inscripción para poder ser exigido con apoyo de la autoridad pública. Para ello existe el registro del Estado Civil. Inclusive, existe el Decreto Legislativo 837 del 05 de Agosto de 1996 de dación a propósito de los derechos a identidad y nombre de las personas perjudicadas por la desaparición de libros del registro de personas naturales como resultado de la acción terrorista de los años ochenta y principio de los noventa. Sus normas establecen un registro provisional de identidad a cargo del Registro nacional de Identificación y Estado Civil en el que, según su artículo 2, se inscribirán: "[...] todos aquellos ciudadanos que carezcan de un documento de identidad como consecuencia principalmente de la desaparición, destrucción o inhabilitación de los Libros de Actas de las Oficinas de Registros del Estado Civil por hechos fortuitos o actos delictivos vinculados a la acción subversiva". Se clara que estas normas no son de aplicación para aquellos ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú.

No hay que olvidar que existen varios otros derechos, muchos de ellos registrables, que constituyen apoyos jurídicos a este derecho: los pseudónimos que se asemejan al nombre, el registro de ciudadanos, los registros de títulos y grados académicos, los de propiedad industrial e intelectual, etc. Todos ellos quedan genéricamente amparados también por este derecho constitucional en la medida que contribuyan a perfilar la identidad de la persona y sus logros a lo largo de la vida.

También son complementarios del derecho a la identidad, aquellos dispositivos de los tratados internacionales que obligan al reconocimiento

de la personalidad jurídica de las personas porque, como es obvio, nadie puede tener identidad jurídicamente hablando si no es sujeto de deberes y derechos. En otras palabras, las normas que reconocen capacidad jurídica también refuerzan la identidad de la persona, desde el ángulo jurídico de la vida en sociedad. Los tratados ratificados por el Perú que consignan estas disposiciones son los siguientes:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16.- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».

«Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XVII.- Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales».

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3.- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

Puede apreciarse, así, que el derecho a la identidad cubre una amplia gama de derechos establecidos en la Constitución y, también, en otros dispositivos de menor jerarquía de los que el Código Civil citado no es sino uno más. En todos estos casos, la identidad tiene una significación particular y actúa sistemáticamente como una protección adicional a la persona.

5.3. Derecho a la integridad de la persona

La integridad de la persona es un concepto que tiene que ver con la unidad, inseparabilidad irrepetibilidad de cada ser humano. Porque goza de esas características, cada persona tiene el derecho de mantenerlas juntas, inseparables y sin daño que proceda de otro ser humano, directa o indirectamente.

La Constitución reconoce la integridad moral, psíquica y física de la persona. Lo propio hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.- 1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

[...]".

Son tres conceptos distintos que debemos analizar por separado.

La concepción de la integridad física de la persona ha sufrido evolución en el tiempo. Originalmente se la tomó en su sentido más primario como integridad anatómica, es decir, como el mantenimiento de todas y cada una de las partes del cuerpo, salvo el desgaste o la pérdida que ocurran de manera natural. El ser humano, sin embargo, se dio pronto cuenta que inclusive por razones de salud podía ser necesario extirpar partes del cuerpo y que no se trataba tanto de mantenerlo *intacto* como de que *funcione* adecuadamente. Así, la integridad física pasó a ser funcionalmente considerada, esto es, que las funciones del cuerpo pudieran seguirse realizando a pesar de la disminución o pérdida de sus partes. Gracias a ello se pueden donar riñones en vida, pues la función puede ser cumplida sólo por uno de ellos. No se puede, en cambio, donar el hígado porque deja de cumplir sus funciones. Inclusive, tampoco se podrá donar sólo un ojo, porque se perderá la vista en profundidad, que es una de las funciones corporales humanas.

Sin embargo, en la evolución del conocimiento y de la técnica, se ha llevado a una tercera concepción de la integridad física, que es la denominada *salud integral*. Consiste ésta en el principio de que el ser humano es un todo integral física, emocional y espiritualmente hablando, de manera que daños en uno de estos ámbitos, suelen afectar siempre los otros. Por consiguiente, cuando se trata de analizar la integridad física humana, no se puede separar los aspectos físicos de los emocionales y los espirituales. Por ejemplo, a quien le cambiaran la fisonomía mediante una operación de cirugía plástica, bien podría ocurrirle que perdiera su propia identidad, con malas consecuencias emocionales. O a quien le extirparan o dañaran determinadas partes del cuerpo, le podría sobrevenir una incapacidad intelectual más o menos severa. En otras palabras, no hay que tratar la integridad física como un aspecto separado de la persona porque sus dimensiones emocionales e intelectuales están irremisiblemente ligadas con ella. La *salud integral* permite comprender que la inte-

gridad física está, así, ligada al campo espiritual de la persona y que sólo puede y debe ser tomada en cuenta dentro de dicho contexto. En ese sentido, no es difícil darse cuenta que cada persona será la propia medida de su salud integral, pues habrá algunos humanos que soporten mejor que otros ciertos cambios físicos y, en consecuencia, el daño por el mismo hecho, será menor en los primeros que en los segundos. En esto no hay nada de raro desde que el punto de partida, es que cada humano es distinto a todos los demás. La teoría de la *salud integral*, lejos de perder operatividad frente a la integridad anatómica y a la integridad funcional, gana en riqueza y matices frente a ellas y, por tanto, es más evolucionada y positiva.

La integridad psíquica protegida se atiene al cuidado de todos los atributos emocionales e intelectuales de la persona en sí mismos. Desde luego que están conectados con los cambios físicos como hemos visto antes, pero bien puede ocurrir que, sin causar daño físico alguno, se afecte las capacidades psíquicas de la persona. Variaciones en el sueño o el descanso, bombardeo de impulsos y estímulos que alteren el equilibrio psicológico de la persona; creación de circunstancias artificiales que hagan que el ser humano pierda su balance psíquico, son algunas de las conductas que, sin afectar la parte corporal directamente, pueden dañar, y a veces definitivamente, la integridad psíquica del ser humano. En virtud del derecho a la integridad psíquica, las personas pueden protegerse como integridades psíquicas de estos ataques por vía jurídico-constitucional.

Entendemos la integridad moral como el aspecto estrictamente espiritual de cada ser humano en el que residen sus convicciones religiosas, filosóficas, morales, políticas, sociales, ideológicas, culturales. Es decir, todo aquello que lo hace un ser no sólo físico, emotivo e intelectual, sino que le da el valor trascendente de ser humano ubicado de una determinada manera, establecido con ideas propias sobre sí mismo y el mundo que lo rodea. Varias de estas dimensiones del ser humano han sido protegidas con otros tantos derechos dentro mismo de la Constitución, como tuvimos oportunidad de enumerar en el encabezamiento de esta parte que trata sobre el derecho a la integridad. Por consiguiente, el derecho a la integridad moral permite defender a todos estos elementos (juntos y no por separado), desde el punto de vista jurídico-constitucional, de los ataques que se produzcan contra él.

Relacionado a la integridad del ser humano, está el derecho reconocido en la parte final del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7.- [...] En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

Muchas veces, la diferencia entre un tratamiento y un experimento es borrosa. El ser humano tiene siempre el derecho a que los profesionales de la salud establezcan los parámetros en los que pueda decidir por sí mismo si acepta procedimientos terapéuticos novedosos que, eventualmente, puedan tener efectos secundarios o colaterales no queridos en su integridad. Este derecho que comentamos lo habilita a exigirlo.

Como resulta obvio, estrechamente vinculados a esta protección de la integridad física, psíquica y moral, están los derechos también constitucionalmente establecidos de no ser víctima de violencia psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. En este sentido, el tratamiento jurídico de estas dos partes debe entenderse como complementario.

5.4. El derecho al libre desarrollo

El derecho al libre desarrollo, que para nosotros como viene dicho estaba mejor expresado en la Constitución de 1979 como derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, consiste en la posibilidad que debe tener cada ser humano, de desarrollar las potencialidades físicas, psíquicas y espirituales que tiene dentro de sí y que, en conjunto, son irrepetibles en otro ser humano. En otras palabras, el libre desarrollo de la persona no es sino lo que en términos de antropología filosófica se llama su *realización como ser humano.*

Este derecho protege a la persona en dos aspectos complementarios: el primero, en mantener sus potencialidades como tales, es decir, establece el derecho de que no se le cierren posibilidades en la sociedad. El segundo, en tomar las acciones que la conduzcan a desarrollarse dentro del cumplimiento de sus deberes y de los límites que imponen las leyes.

Muchos otros derechos tienen que ver específicamente con el derecho al libre desarrollo. De entre ellos destacamos las libertades de conciencia y religión, de opinión y difusión del pensamiento, de creación, de participación en la vida nacional, de identidad étnica y cultural, de casarse y formar familia, de proteger su salud, de educarse y, uno muy importante, de trabajar porque es a través del trabajo que se obtiene los medios y las satisfacciones más importantes para la realización humana.

El derecho al bienestar consiste en lograr la satisfacción de las necesidades de la persona dentro de un concepto de vida de realización integral. El derecho al bienestar no es el consumismo por el consumismo, que antes bien constituye una forma de alienación humana. Satisfacer las necesidades tiene una dimensión ética y de autocontrol en la determinación de dichas necesidades. También tiene una dimensión social en el sentido de que tan importante como satisfacer mis necesidades, es colaborar a estructurar una sociedad en la que todos satisfagan, al menos, sus necesidades más elementales.

Esto, que parece una declaración sin posibilidad de volverse concreta, puede ser medido, cuando menos en relación a los patrones promedio de calidad de vida de cada sociedad:

"[...] en un país como el Perú el déficit de cobertura de las necesidades básicas es mensurable (PEA desocupada, insuficiencia de atención educativa —lo que aún nada dice de su calidad—, enfermedades del mundo de la pobreza e insuficiencia de servicios hospitalarios, déficit habitacional, etc.). En este contexto, la diferencia entre el potencial de realización humano mínimo y el realmente existente puede ser expresada en cifras que, para este pueblo, constituyen violencia cotidiana en términos estadísticos. En otras palabras: la violencia producida en el potencial de realización puede ser medida de acuerdo a patrones internacionalmente aceptados. Es probable que en otras sociedades esta medición sea más complicada porque, al hallarse satisfechas las necesidades básicas de la población, deban ingresar en el cálculo otro tipo de expectativas. Esta reflexión propone, pues, un modelo de medición del potencial de realización de la persona para países con alto grado de pobreza" (88).

---

(88) MAC GREGOR S.J., Felipe. RUBIO CORREA, Marcial y VEGA

Un esfuerzo significativo a nivel mundial por medir lo que aquí llamamos bienestar, es el índice de desarrollo humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Su informe de 1993 dice lo siguiente:

El primer informe sobre Desarrollo Humano (1990) introdujo una nueva manera de medir este concepto, mediante la combinación de indicadores de expectativa de vida, logros educativos e ingresos, dentro de un índice compuesto de desarrollo humano, el IHD. El informe reconoce que ningún índice puede recoger completamente un concepto tan complejo y reconoce, también, que el IDH permanecerá sujeto a mejoras, correcciones y especificaciones que provendrán del análisis de sus deficiencias como también de las críticas y sugerencias que provengan del mundo académico y político-administrativo. También debe enfatizarse que el IDH no pretende reemplazar a otros indicadores socioeconómicos detallados en este Informe, porque todos ellos son esenciales para una completa comprensión de los países individualmente considerados(89).

Consideramos que esfuerzos como el del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo permiten avizorar el desarrollo de instrumentos que, establecidos ciertos parámetros razonables, puedan determinar con precisión estadística el bienestar de las sociedades y de los individuos, cuando menos, en la satisfacción de sus necesidades básicas o elementales. A medida que estos instrumentos de medición se desarrollen, el derecho aquí consagrado podrá ser crecientemente concretizado en la vida jurídica y constitucional de la sociedad.

Sin embargo, aún en las indeterminaciones que actualmente tenemos frente a esta materia, las personas podrán siempre defender su derecho al bienestar mediante recurso a las garantías constitucionales y, a no dudarlo, en muchos casos evidentes por sí mismos o cuando menos razo-

---

CARREAZO, Rudecindo. *Marco teórico y conclusiones de la investigación sobre violencia estructural.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, p. 34.

(89) UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human development report 1994.* New York, Oxford University Press, 1994, p. 90. (Traducción nuestra).

nablemente demostrables, deberán poder obtener ya desde hoy protección jurídica efectiva.

5.5. La protección al concebido

La norma que comentamos dice sobre el concebido: "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece" y es complementada por el artículo 1 del Código Civil que establece:

"Código Civil, artículo 1.- [...] El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

El Derecho se ocupó de los concebidos desde antiguo. Ya Paulo sostiene su defensa en pasaje que nos fue legado por Justiniano en el *Digesto*: "El que está en el útero, se mira como ya nacido siempre que se trate de las cosas que le son favorables, aunque antes de nacer de ninguna manera aproveche a otro" (D.1.5.7). Puede verse que lo esencial de la protección constitucionalizada, pertenece a la más pura tradición romanista.

Sin embargo, el desarrollo tecnológico que presenta el mundo en la actualidad, ha traído oscuridades en las que Paulo no pensó, porque ahora se puede unir gametos humanos mediante técnicas de reproducción asistida y, aún, fuera del cuerpo de la madre lo que a su vez, confluyendo con la posibilidad de utilizar evolucionados métodos de observación, ha permitido ver al cigoto humano desde sus primeros momentos. En concreto, estos desarrollos técnicos plantean al derecho el problema de determinar cuándo se produce la concepción y, por consiguiente, desde cuando hay una vida humana que proteger.

Las posiciones sobre este tema son variadas. Dice Gafo:

> En cuanto a la segunda cuestión —cuándo la vida humana que ha empezado es ya un ser humano—, el abanico de opiniones es amplio y variopinto: desde los que consideran que desde el mismo momento de la fecundación hasta los que se basan en criterios relacionales tales como «ser aceptados por sus padres», «ser reconocidos por la sociedad», «ser procreados intencionadamente», «es-

tar destinado a vivir» (este criterio utilizado por algunos autores hace referencia a experimentos embriológicos como los que aquí nos ocupan: fecundación in vitro, congelación de embriones, etc), o, para otros, «que la cosa en crecimiento diga que es un ser humano», etc. Obviamente, en el contexto biológico en el que nos movemos tales criterios no pueden ser tomados en consideración (90).

Y sobre los aspectos estrictamente biológicos dice el mismo autor:

Desde el punto de vista genético, el desarrollo puede definirse como «un proceso regulado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción núcleo-citoplásmica, del ambiente celular interno y del medio externo, de tal manera que en su conjunto el desarrollo constituye una secuencia programada de cambios fenotípicos (de apariencia externa), controlados espacial y temporalmente, que constituyen el ciclo vital del organismo». Es decir, al producirse la fecundación de los gametos se origina un cigoto, que reúne, ya desde el mismo instante de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser de manera que, de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran con el proceso, a partir del momento que empiece a funcionar el primer gen en dicha célula inicial, única, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto (91).

La conclusión de la línea argumental de Gafo es que la concepción se ha producido al unirse espermatozoide y óvulo, es decir, al formarse el cigoto, que es una entidad distinta de las dos que lo formaron porque lleva en él la programación genética que conducirá a un individuo humano adulto. De la misma opinión son los siguientes autores:

---

(90) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I, Cap. IV, pp. 40-41.

(91) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986, pp. 39-40.

En conclusión, desde el punto de vista de la biofilosofía no existe ninguna razón para poner en duda el hecho de que la vida humana comienza de modo natural y usual, pocos instantes después de la unión física del óvulo con el espermio, siempre y cuando no existan obstáculos al proceso natural. Esto es lo que se quiere decir de modo simple cuando se afirma que la vida humana comienza en el momento de la concepción (92).

Finalmente, la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica dice en el mismo sentido:

Esta Congregación conoce las discusiones actuales sobre el inicio de la vida del hombre, sobre la individualidad del ser humano y sobre la identidad de la persona. A ese propósito recuerda las enseñanzas contenidas en la Declaración sobre el aborto procurado. «(Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que *no* es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecunda-ción inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar)». Esta doctrina sigue siendo válida y es confirmada, en el caso de que fuese necesario, por los recientes avances de la biología humana, la cual reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano(93).

---

(92) LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. *Etica clínica*. ¿Santiago de Chile?, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993. Parte VI, Cap. I, p. 224.

(93) Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Santa fé Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 17.

Ante los elementos de juicio existentes, nosotros consideramos que la evidencia apunta a que esta interpretación ratificada por las citas realizadas es la correcta y, en consecuencia, que la protección del concebido se realiza verdaderamente desde el instante en que espermatozoide y óvulo forman el cigoto por su unión, ya que allí se ha configurado una realidad completamente distinta de las que existían previamente, esto es, el espermatozoide y el óvulo por separado. Este fenómeno es realzado por la manera cómo lo expresa F.R. Lillie citado por Lavados y Serani: "Quizá no exista otro fenómeno en el campo de la biología que aluda a tantos problemas fundamentales como la unión de las células germinales en el acto de fecundación. En este supremo suceso se convocan todas las hebras del tejido de dos vidas en un solo nudo, a partir del cual divergen y se entretejen una vez más en una nueva historia de vida individual... Los elementos que se unen son células únicas, cada una al borde de la muerte; mas con su unión se crea un individuo rejuvenecido, que constituye un vínculo en el proceso eterno de la vida" (94).

Esto quiere decir, desde luego, que un embrión fertilizado *in vitro* goza por la naturaleza de las cosas de la misma protección y que, en consecuencia, debe transitar el camino de su implantación viable en un útero de madre biológica. Desde luego, a ellos, como a quienes fueron concebidos por la vía del acto sexual, se les aplica indistintamente la protección de que tratan este artículo constitucional y el Código Civil.

La Constitución establece que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece y el Código Civil establece, adicionalmente, que la protección en materia de derechos patrimoniales tiene como condición que nazca vivo. En nuestra opinión no existe incompatibilidad entre estas dos normas y, por lo tanto, no estimamos que el Código Civil esté recortando los derechos patrimoniales del concebido. La razón es muy sencilla: mientras no salga del vientre de su madre, el concebido no puede aprovechar de manera alguna sus derechos patrimoniales. Sólo podrá hacerlo a partir de su nacimiento. Si se le reconocieran derechos patrimoniales durante su gestación y naciera muerto, la consecuencia jurídica se-

---

(94) LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. *Etica clínica*. ¿Santiago de Chile?, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993. Parte VI, Cap. I, p. 220.

ría que dichos derechos patrimoniales no lo favorecerían a él sino a terceros, según las reglas que se deba aplicar a su sucesión. Esto no concuerda con el mandato constitucional de favorecerlo a él.

Por consiguiente, estimamos que las reglas de la Constitución y del Código Civil armonizan entre sí y que son las dos exigibles. Por consiguiente, los principales derechos que en nuestro criterio se aplican al concebido, de entre los que establece la Constitución, son los siguientes:

- A la vida.
- A la integridad moral, psíquica y física.
- A su libre desarrollo.
- A su bienestar.
- A la igualdad ante la ley.
- A su identidad étnica, particularmente, en el caso que se pretenda realizar manipulaciones genéticas con él.
- A gozar, en lo que le corresponda, de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
- A estar protegido de la violencia.
- A tener una familia, lo que en el caso de embriones fecundados artificialmente equivale a ser implantados en el útero materno que les permita su desarrollo.
- A la protección de su salud.

Indudablemente, en circunstancias particulares, otros derechos podrán ser igualmente aplicables. La casuística puede ser infinita. Finalmente, en adición a todo ello, deberá proveerse el cuidado debido a sus derechos patrimoniales expectaticios, a fin de que estén debidamente protegidos para cuando nazca vivo y pueda ser titular jurídico actual de ellos.

6. Artículo 2 inciso 2

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado*

por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Salvo la Constitución de 1837, todas las demás se han ocupado del derecho de igualdad ante la ley. El tratamiento ha tenido diferentes aristas que son las detalladas en los párrafos siguientes.

La igualdad jurídica formal, es decir, la igualdad ante la ley. Las constituciones han repetido sistemáticamente una redacción igual o similar a la que contuvo el artículo 23 de la Constitución de 1823: «Todos los ciudadanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue». Este derecho se halla protegido en las siguientes normas:

Constitución de 1823, artículo 23.
Constitución de 1826, artículo 142.
Constitución de 1828, artículo 149 y 157.
Constitución de 1834, artículo 158.
Constitución de 1839, artículo 160.
Constitución de 1920, artículo 18.

Si bien ahora hacemos énfasis en la no discriminación por ningún concepto, en las Constituciones anteriores siempre se subrayó la caducidad de los privilegios, que eran rezagos de la vida colonial. Esta actitud también significó, probablemente, rechazo al aristocratismo de una sociedad profundamente dividida por razones raciales y culturales. Podemos encontrar este tipo de norma en los siguientes dispositivos:

Constitución de 1823, artículo 23.
Constitución de 1826, artículo 147
Constitución de 1928, artículo 160.
Constitución de 1834 artículo 170.
Constitución de 1839, artículo 163.
Constitución de 1856 artículo 6.
Constitución de 1860 artículo 6.
Constitución de 1867 artículo 5.
Constitución de 1920 artículo 6.

La igualdad en el acceso a los empleos públicos, que en las Constituciones actuales no aparece expresamente, tal vez, porque se da por descontada. Ello no era así al principio de la República. La Constitución de 1828 decía: «Todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes». Este tipo de norma puede ser encontrada en los siguientes dispositivos:

Constitución de 1828, artículo 158.
Constitución de 1834, artículo 159.
Constitución de 1839, artículo 161.
Constitución de 1920, artículo 65.

La igualdad en el acceso a la propiedad y en la libre circulación de bienes, estableciendo el principio liberal de que no hay propiedades fuera del comercio. El artículo 147 de la Constitución de 1826 decía: «(...) son enajenables todas las propiedades, aunque pertenezcan a obras pías o religiosas, o a otros objetos». Puede encontrarse este tipo de norma en los siguientes dispositivos:

Constitución de 1826, artículo 147.
Constitución de 1928, artículo 160.
Constitución de 1834 artículo 170.
Constitución de 1839, artículo 163.
Constitución de 1856, artículo 6.
Constitución de 1860, artículo 6.
Constitución de 1867, artículo 5.
Constitución de 1920, artículo 38.

En el artículo 178 de la Constitución de 1839 se equipara por primera vez a los extranjeros con los peruanos en el goce de los derechos civiles, siempre que se sometan a las mismas cargas y pensiones que éstos. Es un paso legislativo importante para reconocer derechos a todas las personas y no sólo a los nacionales.

El tratamiento constitucional del tema, que hasta aquí había tenido una homogeneidad significativa, se transforma completamente con la Constitución de 1933, que introduce una modalidad que luego retoman las Constituciones de 1979 y 1993. Dijo:

Constitución de 1933, artículo 23.- La Constitución y las leyes protegen y obligan igualmente a todos los habitantes de la República. Podrán expedirse leyes especiales porque lo exija la naturaleza de las cosas pero no por la diferencia de personas".

El texto es, en sustancia, el que actualmente conocemos y tiene dos aspectos: la declaración genérica de igualdad que reúne dentro de sí todas las posibles facetas que ella contiene, y el mandato de que las leyes sólo pueden hacer diferencia por la naturaleza de las cosas.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 decía respecto de este tema:

"ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón [...]".

Ambos artículos protegen la igualdad ante la ley en idéntica redacción global y también mencionan expresamente, y en forma idéntica, la prohibición de discriminación por sexo, raza, religión, opinión e idioma.

La Constitución de 1993 añade la prohibición de la discriminación por razón de origen, que aparentemente se refiere la pertenencia a algún lugar, a alguna nacionalidad, o a alguna cultura. Esto no se mencionaba en la constitución de 1979.

También la Constitución de 1993 establece la prohibición de discriminación por condición económica, que es un elemento importante en el Perú y por tanto un aporte positivo. A su vez, añade una cláusula general que prohibe la discriminación de *cualquier otra índole* que es una norma hermenéutica positiva.

Estos son los aciertos de la Constitución de 1993.

Sin embargo, consideramos negativo que se haya eliminado el segundo párrafo del artículo antecedente de la Constitución de 1979: "*El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón*" porque establecía dos normas muy importantes: la de igual oportunidad y responsabilidad (que no es equivalente a la igualdad jurídica de sexos porque permite compensaciones en aquellos casos en los que el varón tenga por circunstancias naturales mayores oportunidades y responsabilidades), y la otra norma que reconocía a la mujer derechos *no menores* que al varón, con lo que establecía que podían ser también mayores. Esto, que en cierto sentido constituiría una desequiparidad en favor de la mujer, sin embargo es la forma de realizar lo primero: por ciertas condiciones naturales, dar a la mujer ciertos derechos adicionales que al varón y así compensar las desventajas que puedan presentársele. Para períodos de tránsito en el acceso a los derechos, esta compensación está inclusive reconocida por los instrumentos internacionales de protección a la mujer.

Somos partidarios de que una norma como ésta exista en la Constitución y somos opuestos a que haya sido retirada del texto.

Análisis exegético

El inciso que ahora comentamos tiene dos partes complementarias. En la primera se declara la igualdad ante la ley. En la segunda se prohibe todo tipo de discriminación. Analíticamente son dos cosas distintas aunque una no puede ser explicada sin la otra.

Por estas razones, abordaremos primero la declaración general sobre igualdad ante la ley, para luego tratar las prohibiciones de discriminación específicas.

6.1. Las normas generales sobre la igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley es un principio jurídico constitucional aplicable a los seres humanos, según el cual:

- En primer lugar, todos tenemos algo de común e idéntico con los

demás que es lo que nos caracteriza como humanos. En conjunto, son los derechos humanos, declarados para la comunidad de hombres y mujeres y que se encarnan en cada uno de nosotros como parte de dicho grupo. Cada ser humano tiene por tanto todos los derechos humanos y en eso es igual a cada uno de los demás. Desde luego, estas afirmaciones son *lógico-jurídicas* en el sentido que los derechos deben ser atribuidos y deben poder ser ejercitados. No son afirmaciones de realidad porque, muchas veces, aunque los humanos tengan estos derechos, no los pueden ejercitar en la práctica, o no les son reconocidos en toda su extensión. Deberá llegar el día en que la afirmación lógico-jurídica y la realidad sean una y misma cosa.

- En segundo lugar habrá que tratar jurídicamente a las personas no por sus diferencias (que indiscutiblemente existen), sino por la diferencia en la naturaleza de las cosas. Tratar con igualdad en lo que todos somos iguales, y de diversa manera en lo que somos diferentes, forma parte de lo correcto en el Derecho. La norma concreta al respecto se halla en el artículo 103 de la Constitución y dice: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas". En la parte pertinente nos extendemos en el desarrollo de estos conceptos.

Los seres humanos no siempre fuimos considerados iguales los unos a los otros. Hasta hace muy poco tiempo, las diferencias entre las personas eran generalmente aceptadas en el Derecho. El propio Montesquieu, padre de la separación de poderes en el continente europeo que conduce a la democracia moderna, escribió:

> Hay siempre en los Estados personas distinguidas por su nacimiento, sus riquezas o sus honores que si estuvieran confundidas con el pueblo y no tuvieran más que un voto como los demás, la libertad común sería esclavitud para ellas y no tendrían ningún interés en defenderla, ya que la mayor parte de las resoluciones irían en contra suya. La parte que tomen en la legislación debe ser, pues, proporcionada a las demás ventajas que poseen en el Estado, lo cual ocurrirá si forman un cuerpo que tenga derecho a oponerse a las tentativas del pueblo, de igual forma que el pueblo tiene derecho a oponerse a las suyas.

De este modo, el poder legislativo se confiará al cuerpo de nobles y al cuerpo que se escoja para representar al pueblo; cada uno de ellos se reunirá en asambleas y deliberará con independencia del otro, y ambos tendrán miras e intereses separados (95).

La igualdad formal ante el Derecho es una conquista de la revolución liberal de fines del siglo XVIII y que se consagra clásicamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 1.- Los hombres nacen libres e iguales en derechos; las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común".

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 6.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento".

Y como hemos podido apreciar en la parte correspondiente a los antecedentes, la igualdad aparece ininterrumpidamente, con diversos énfasis, desde nuestra Carta de 1823.

Los instrumentos internacionales ratificados por el Perú también se ocupan de la igualdad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

---

(95) MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1972. Libro XI, cap. VI, p. 154.

El énfasis está puesto no en la dimensión jurídica, sino en una visión integral de la humanidad. Es una aproximación desde un punto de vista de antropología filosófica y tiene un tinte iusnaturalista propio de aquella concepción según la cual los derechos existen antes del Derecho y sólo son reconocidos por él. El énfasis en que por la razón y la conciencia debemos ser fraternos los unos con los otros, refuerza el principio de solidaridad al que hemos hecho mención al tratar el artículo 1 de esta Constitución y que, como entonces dijimos, pertenece a una auténtica concepción humanista de la sociedad.

Pero, pensando en otras dimensiones de la igualdad, muy necesarias en el mundo que vivimos por la diversidad de las desigualdades y las discriminaciones existentes, la Declaración de los Derechos Humanos de Naciones Unidas añade:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.-

1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2.- Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía».

Estas disposiciones reafirman que cada persona, como parte de la humanidad, es igual a cada una de las demás.

Finalmente, la Declaración de Naciones Unidas exige que la igualdad ante la ley sea protegida efectivamente por el Estado a través de mecanismos que restablezcan los derechos cuando se produzcan infracciones:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discrimina-

ción que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación».

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comparte las dos inquietudes de la Declaración de Naciones Unidas: el respeto de la base común de derechos humanos declarados por él y la necesidad de establecer vías operativas de garantía a dichos derechos:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 2.-

1.- Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter [...]».

Adicionalmente, establece la igualdad ante la ley como derecho específico de las personas y prohibe la discriminación de la siguiente manera:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 26.- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece también la igualdad de las personas en la atribución de los derechos declarados:

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo II.- Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna».

Lo propio hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.-

1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.- Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano».

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara el derecho a la igualdad ante la ley y exige protección para las personas:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley».

En síntesis, con distintas aproximaciones, redacciones y grado de generalidad, todos los instrumentos internacionales con vigencia en el Perú que hemos transcrito, establecen las siguientes disposiciones que, por consiguiente, son exigibles constitucionalmente en nuestro país:

- Que los derechos humanos pertenecen íntegramente a todas y cada una de las personas por igual. En este sentido, ratifican lo dicho por nosotros al inicio de este parágrafo: la pertenencia común e integral de dichos derechos a cada uno de los seres humanos por ser tal. En esto consiste una parte muy importante de la igualdad jurídica.
- Que entre estos derechos humanos está la igualdad ante la ley.

- Que cada Estado debe proveer en su sistema jurídico los medios eficaces que permitan a las personas protegerse del agravio a las disposiciones inmediatamente anteriores, que se produzcan en su contra.

Una norma muy importante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, complementaria de las declaraciones generales de igualdad que venimos tratando, es la siguiente:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos. artículo 13.-

[...]

5.- Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Consideramos pertinente aclarar que esta disposición protege a las personas en su igualdad y búsqueda de paz contra un uso desnaturalizado de la libertad de expresión y de opinión que, eventualmente, pueda pretender incitar a la violencia o a la discriminación. También creemos que las garantías constitucionales pueden ser válidamente utilizadas para forzar el cumplimiento de esta disposición en el Perú porque hace operativa la defensa del principio de igualdad.

Sin embargo, y como habíamos anunciado al principio de este parágrafo, una segunda dimensión de la igualdad ante la ley es hacer las diferencias que corresponden a la naturaleza de las cosas. Esto es importante porque, como dice Godoy tratando un tema específico de Derecho del Trabajo, pero con una reflexión de naturaleza global:

> Guardando relación con esta posición, GAROFALO sostiene que «el control del respeto del principio de igualdad comporta siempre la comparación entre por lo menos dos situaciones jurídicas». En este mismo sentido, BURGOA afirma que «la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentran en una determinada situación tengan la posibilidad y capacidad de

ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado [...]» por ende, puede decirse que dicho fenómeno sólo tiene lugar en relación y en vista de un estado particular definido"(96).

Es decir, la igualdad por definición supone dos o más situaciones o relaciones jurídicas, que son comparadas entre sí para determinar si se está produciendo un trato igual o desigual a las personas involucradas. Pero las personas pueden estar, dentro de esta comparación, en dos posiciones cualitativamente distintas: o pueden tener una posición analógica, en el sentido de que es sustantivamente semejante, o pueden tener una situación diferente, que las hace desiguales no en tanto personas, sino en tanto sus circunstancias y características. Cuando estas diversidades corresponden a la naturaleza de las cosas (ver el artículo 103 de la Constitución y el comentario que de él hacemos para analizar este concepto), entonces es razonable que el Derecho establezca normas distintas. Por ejemplo, bien puede suceder que para ejercitar un puesto determinado se requiera ser ingeniero. En caso contrario, la ejecución de la obra puede presentar riesgos. Se estará haciendo una discriminación en el acceso a ese trabajo entre quien tiene y quien no tiene la profesión exigida, pero eso claramente atañe a la naturaleza de las cosas y no pretende diferenciar a las personas entre sí.

José Coloma nos habla de la manera en que el Tribunal Constitucional español aborda esta problemática desde el punto de vista metodológico:

> El Tribunal Constitucional analiza la supuesta desigualdad cuando ésta nace de la ley, determinando, primero, si existe una causa objetiva y razonable que fundamente la no igualdad y, segundo, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debiendo haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin. Esta operación lógica es denomina-

---

(96) GODOY PALOMINO, Yuri. *La igualdad en la Constitución: a propósito de la creación de la Bolsa de Trabajo*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 185.

da «test de la razonabilidad», donde lo fundamental es el examen dentro de la norma para encontrar las razones que puedan justificar la desigualdad y cuyo resultado se contrapone a otros valores constitucionales vigentes; en otras palabras, la infracción al principio puede estar justificada si se ha preferido a otros principios del ordenamiento de superior jerarquía en la teoría de los valores (97).

Según esta cita, se supone que se ha presentado una reclamación ante el Tribunal por la existencia de normas que tratan desigualmente a las personas, arguyendo la vulneración de la igualdad ante la ley. En esta eventualidad, lo que el órgano analiza es si en las normas impugnadas existe una causa objetiva y razonable para establecer la desigualdad o si no la hay, atendiendo a la proporcionalidad entre medios y fines. La razonabilidad de la desigualdad existe cuando a la igualdad se prefiere otros principios que para el autor tienen que ser de jerarquía superior, pero que para nosotros basta con que sean de igual jerarquía que la igualdad y que merezcan aplicarse en las circunstancias. Desde luego, determinar la jerarquía de los principios es tarea difícil pero dos indicios son de suma importancia: el primero es que se haya establecido positivamente, de manera expresa, una excepción al principio de la igualdad en el texto constitucional; el segundo es que, ante el conflicto entre el derecho de igualdad y otro derecho constitucional, aparezca razonable que se elija este segundo sobre el primero en atención a la naturaleza de las cosas. Es verdad que en ninguna circunstancia podrá *probarse* la pertinencia de la excepción; pero aquí no estamos en el reino de lo apodíctico sino de lo opinable, no estamos en la lógica sino en la tópica, y por ello acudimos a la característica de *razonabilidad* para sustentar las diferencias.

Coloma se pone también en el caso que la reclamación ante el Tribunal Constitucional español se deba a que la misma norma jurídica haya sido aplicada de manera diferente en dos situaciones:

Se viola el principio de Igualdad en la aplicación de la ley,

---

(97) COLOMA MARQUINA, José. *Definiciones y contenido del principio de igualdad, aproximación inicial a la jurisprudencia constitucional peruana.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 7.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 190.

cuando un mismo precepto se aplica a casos iguales con notoria desigualdad por motivos arbitrarios, desigualdad que es sinónima para el Tribunal de conducta arbitraria. A diferencia del «test» que se aplica en los casos de desigualdad en la ley, donde la razonabilidad se mide en función de la propia norma, en la desigualdad por aplicación de la ley, ésta se mide respecto a la aplicación de la norma al caso concreto; así, serán razonables las subnormas deducidas de la norma aplicable, de acuerdo a como fueron utilizadas. En el control de la igualdad en este caso, lo fundamental para el órgano de defensa constitucional no es tanto la protección de la igualdad, sino plasmar una adecuada tutela judicial (98).

En este caso lo que parece preocupar, correctamente, es que la tutela jurisdiccional no conduzca a que situaciones sustantivamente similares en la realidad, reciban una aplicación diferente de la misma norma porque ello constituiría un real atentado contra el principio de igualdad ante la ley. En otras palabras, si la aplicación diversa es arbitraria, será invalidada por el Tribunal. Por el contrario, si la aplicación diversa tiene razones atendibles en las diferencias que se producen en la realidad, entonces no pertenecerá al ámbito de lo arbitrario sino al de la naturaleza de las cosas y, por tanto, podrá ser aceptada jurídicamente.

Este deber de tratar igual a lo que es igual, y tratar con desigualdad proporcional a lo que es desigual, es reconocida también por O'Donnell quien dice a propósito de la jurisprudencia de Derecho Internacional en asuntos de derechos humanos:

> Según los órganos internacionales para la protección de los derechos humanos, no todo trato diferente constituye discriminación, aún cuando la distinción se funde en uno de los criterios enumerados en las disposiciones de los instrumentos internacionales sobre discriminación. En una opinión sobre la compatibilidad de un proyecto de reforma constitucional con la Convención Ameri-

---

(98) COLOMA MARQUINA, José. *Definiciones y contenido del principio de igualdad, aproximación inicial a la jurisprudencia constitucional peruana.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 7.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 192.

cana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en la forma siguiente sobre esta distinción:

«[...] por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad, de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana... Existen, en efecto, ciertas desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia».

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, las cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que en alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (99).

Este es el complejo entorno de criterios con los cuales se hace el análisis de la igualdad ante la ley, y con los que se determina la aplicación desigual y la existencia válida de normas que tratan de manera diferente a los desiguales. Como hemos dicho, es terreno proclive a las discusiones en ciertos casos límites, y que pertenece al ámbito del buen juicio antes que al de la demostración apodíctica.

6.2. La discriminación de la mujer

Teniendo como referente elementos indiscutibles de la realidad, en el ámbito del derecho a la igualdad ante la ley se ha producido todo un

---

(99) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 373.

inmenso movimiento de equiparación del tratamiento a los géneros masculino y femenino durante todo el siglo XX. La discriminación contra la mujer fue inmensa y es aún hoy amplia y diversificada. No menos considerables en número son los convenios internacionales, y las normas de Derecho interno, que buscan revertir esta situación de desigualdad. Los logros, aunque insuficientes aún, han sido también inmensos durante las últimas décadas.

La discriminación contra la mujer tiene definiciones en los instrumentos internacionales especializados:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 1.- A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

La discriminación tiene tres dimensiones:

- es considerada una distinción, lo que equivale a decir un tratamiento distinto en relación al varón;
- también es considerada una exclusión, en el sentido de que no se autorice o permita a la mujer, lo que sí se permite jurídicamente al varón:
- finalmente, es considerada una restricción, lo que equivale a decir que la mujer puede compartir con el varón ciertas condiciones, situaciones, atribuciones o derechos, pero de manera menos plena.

Todas estas dimensiones son contrarias a la igualdad de varón y mujer y, por consiguiente, contrarias a la Constitución y a los convenios internacionales que estamos analizando.

Desde luego, la característica de la discriminación de la mujer consiste en que estas distinciones, exclusiones o restricciones le ocurren en tanto mujer y por comparación con el varón. Es muy importante señalar

que la discriminación no toma en cuenta el estado civil de la mujer, porque él no debe consistir en argumento para rebajarle su situación jurídica de género.

El objeto o resultado de la discriminación consiste en menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer en las diversas facetas que componen la vida social detalladas en el mismo texto.

Según la norma que hemos visto, el concepto discriminación contra la mujer debe contener, confluyentemente, todos estos elementos para ser considerado como tal.

La Constitución de 1993, en nuestro criterio, si bien no ha menoscabado la posibilidad de igualdad de varones y mujeres, sí ha sido menos enfática en buscar tal equiparación. Sobre todo, porque revertir una situación de desequiparidad tiene necesariamente el componente de compensar las diferencias estableciendo, temporalmente, ciertos beneficios adicionales a la parte más perjudicada. En los instrumentos internacionales, esta posibilidad ha quedado abierta de manera expresa y sin que signifique discriminación de ningún tipo:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 4.-

1.- La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2.- La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria».

La discusión ya existe en el Perú al respecto. Violeta Bermúdez sostiene que la Constitución de 1993 es de menor calidad en esta materia que la de 1979:

En efecto, la Carta de 1993 recorta explícitamente los alcances del derecho a la igualdad consagrados en el texto del 79. De esta manera, regresa a la fórmula que plasma la igualdad formal en términos restrictivos, eliminando incluso el dispositivo que establecía la igualdad de trato contenido en el art. 43° de la Constitución anterior. No obstante lo dispuesto, la fórmula adoptada en la nueva Constitución no debe ser entendida como un obstáculo para el logro de la igualdad sustancial vía la adopción de medidas de acción positiva, o medidas afirmativas destinadas a crear la condiciones para una igualdad real de las mujeres. Ello, porque las nuevas tendencias en materia de derechos humanos afirman que el derecho a la igualdad no debe ser más, entendido en términos restrictivos que impidan tratos diversos ante situaciones distintas. E igualmente, teniendo en cuenta que un derecho fundamental puede ser incrementado, pero no mutilado (100).

Ricardo Marcenaro, jurista y miembro destacado de la mayoría parlamentaria que aprobó la Constitución en el Congreso Constituyente, piensa lo siguiente sobre el tema:

Es evidente que toda la legislación vigente en el Perú mantiene muchos privilegios en favor de las mujeres, que se fundamenta en los siguientes presupuestos:

a. La mujer tiene menor resistencia para el trabajo por lo que respecto al varón debe trabajar menos horas semanales, jubilarse antes, etc.

b. La mujer tiene ciertas deficiencias que le impiden utilizar máquinas o motores peligrosos, explosivos, etc. por lo que dan reservados a la superior habilidad masculina.

c. La mujer es responsable de los hijos por lo que si es despedida tres meses antes o después del parto debe recibir una compensación extraordinaria.

---

(100) BERMUDEZ VALDIVIA, Violeta. *Alcances constitucionales del derecho a la igualdad de la mujer.* En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 44.

d. Sólo la madre se prepara para el nacimiento de un hijo y sólo ella se encargará de él por lo que gozará de 45 días de permiso pre y post parto.

e. Unicamente se alimenta los hijos por leche materna por lo que sólo las mujeres disponen de permisos hasta una hora para amamantarlos.

f. El cuidado de los hijos corresponde a la madre por lo que sólo ella podrá solicitar licencia sin goce de remuneración hasta por un año para atender a su hijo recién nacido.

Todas estas afirmaciones si bien responden a creencias generalizadas en muchos grupos sociales son falsas. No es posible que sigamos legislando en mérito a los prejuicios imperantes en nuestra sociedad. Me permito reformular en mérito a las más moderna doctrina y convencimiento personal los presupuestos enunciados anteriormente:

a. Mujer y varón tienen la misma resistencia para el trabajo.

b. Mujer y varón tienen la misma capacidad y habilidad para el trabajo.

c. Mujer y varón tienen la misma responsabilidad frente a los hijos.

d. Mujer y varón deben prepararse para el nacimiento de un hijo y ambos deben cuidarlo después.

e. Mujer y varón deben alimentar a los hijos siendo la madre la encargada de amamantarlo por razones naturales pero el hombre podrá tener un papel activo si es alimentado por otros medios.

f. Mujer y varón deben ejercer conjuntamente el cuidado y educación de los hijos. Ambos padres deben proporcionar afecto y ser responsable de la formación de los hijos (101).

---

(101) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva constitución.* Lima, Editorial Cuzco S.A. Editores, 1995, p. 65.

Y, como consecuencia de esta forma de considerar las cosas, estima correcto haber cambiado el texto de 1979 por el de 1993:

"Por ello, al consagrarse en el Artículo 2, Inc. 2, la igualdad ante la ley, y prohibiendo la discriminación entre otros por razón de sexo, dicho precepto, aplicado al ámbito laboral, hace inconstitucional todo tipo de discriminación: en el acceso a un puesto de trabajo, en remuneraciones, en ascensos, en condiciones de trabajo, etc." (102).

Por nuestra parte, consideramos que si bien es cierto que la capacidad para el trabajo es sustantivamente la misma en varón y mujer (las diferencias que indudablemente existen para ciertas labores pueden ser reguladas específicamente, no con carácter general), no es menos cierto que la situación concreta no es la que nuestras concepciones pueden abrigar como ideal. En la realidad la mujer sigue postergada en multitud de ámbitos del quehacer laboral, no por barreras jurídicas, pero sí por costumbres, tradiciones y modelos culturales. Es por ello que un régimen más favorable a la mujer, con la transitoriedad de que habla la norma internacional antes citada, es razonable y adecuada a las circunstancias. Por estas consideraciones, ratificamos nuestra opinión ya dada, en el sentido que es mucho mejor el texto de 1979 que el de 1993 en esta parte.

Que la discriminación de la mujer es un fenómeno en esencia cultural, y que se transmite a través de los mecanismos de socialización tanto formal como informal, pero particularmente a través de estos últimos, es algo que tiene amplio reconocimiento en la literatura especializada. Como muchos otros aspectos culturales, no es extraño encontrar que la propia mujer, la agraviada del caso, esté de acuerdo con las reglas que la discriminan. Dice una investigación que reunió diversos grupos de especialistas sobre violencia en el Perú:

> La situación de la mujer es una típica forma de violencia estructural, pues parte de los conceptos y las reglas aceptadas por la sociedad como maneras de relación de seres humanos. Muchas ve-

---

(102) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva constitución.* Lima, Editorial Cuzco S.A. Editores, 1995, p. 62.

ces la mujer tolera estas condiciones de vida, e, incluso, las considera positivas en el conjunto. La mujer se convierte, así, en parte de la estructura violenta, y contribuye a reproducirla, activa o pasivamente. La función de socialización es importantísima en la reproducción de las reglas reales, contrapuestas en muchos casos al Derecho (103).

Por consiguiente, el fenómeno de la discriminación de la mujer tiene mucho que ver con la corrección de los contenidos de educación formal e informal que se producen en la sociedad. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer ha entendido el problema también en estos términos y establece lo siguiente:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 5.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos».

Consideramos que los dos aspectos tratados en la norma son pertinentes. El primero porque en verdad la discriminación contra la mujer aparece y se reproduce a través de la experiencia de marginación de las

---

(103) MAC GREGOR S.J., Felipe. RUBIO CORREA, Marcial y VEGA CARREAZO, Rudecindo. *Marco teórico y conclusiones de la investigación sobre violencia estructural.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, p. 104.

mujeres. El varón aprende en su entorno social que la mujer tiene un determinado lugar al que él la somete y, no pocas veces, la mujer aprende (y acepta) que ese es su lugar. Esto es verdad que cambia rápidamente en el mundo y que admite diversos matices y variedades, pero el espíritu de lo dispuesto en el inciso a) es correcto: hay que cambiar los patrones culturales.

El inciso b) también tiene gran importancia porque la verdadera socialización en materia de relaciones de género, se produce en la observación del propio hogar y de las funciones que cumplen padre y madre dentro de él. Que los padres cambien su manera de ser en el sentido de lograr mayor igualdad en las relaciones familiares, redundará en hijos que acepten dicha igualdad, porque se socializaron en ella. La norma es por ello correcta a nuestro juicio.

Existen diversas normas generales en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que hacen hincapié en la necesidad de atribuirlos por igual a varones y mujeres. En concreto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, establecen lo siguiente:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto».

«Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto».

Y trascendental también en este plano general, la Doctrina Social de la Iglesia Católica ha declarado la importancia de la equiparación de los derechos de la mujer en todos los aspectos de la vida social:

> Es urgente alcanzar en todas partes la efectiva igualdad de los derechos de la persona y, por tanto, igualdad de salario respecto a igualdad de trabajo, tutela de la trabajadora madre, justas promocio-

nes en la carrera, igualdad de los esposos en el derecho de familia, reconocimiento de todo lo que va unido a los derechos y deberes del ciudadano en un régimen democrático (104).

En el contexto internacional, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que el Perú ha ratificado, es un documento normativo de gran importancia porque compromete a todos los Estados Partes en una política significativa de equiparación de los derechos de mujer y varón. Las normas generales al respecto dicen lo siguiente:

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 2.- Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohiban toda discriminación contra la mujer;

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación

---

(104) Juan Pablo II, Papa F.R. *Carta del Papa a las mujeres*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f, par. 4, p. 4.

contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer».

«Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 3.- Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre».

Como puede apreciarse, los textos hablan por sí solos, el compromiso vinculatorio adoptado por los Estados Partes, obliga a realizar variadas y complejas tareas de gobierno a fin de garantizar la igualdad de derechos entre varón y mujer. Es deseable que estos compromisos sean viabilizados operativamente en todos los países y, particularmente, en el nuestro. Como vemos, existen los instrumentos jurídicos para exigirlo.

Ya en el plano concreto de la discriminación de la mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y también otros instrumentos internacionales, desarrollan detalladamente varias acciones que deben tomar los Estados Partes para lograr la equiparidad de derechos con los varones. Las principales normas son las mencionadas a continuación.

Buscar la equiparidad en la vida política y pública del país, esto es, en la participación en actividades, cargos y responsabilidades públicas en la sociedad. La mujer debe tener tanto sitio como el varón en este ámbito

y existe todavía un largo camino por recorrer para que las oportunidades sean verdaderamente iguales en la realidad. Dice el artículo 7 de la Convención:

«Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer , artículo 7.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;

b) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;

Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupan de la vida pública y política del país».

El tema de la participación política de la mujer ha preocupado mucho en el plano internacional y existen varios otros instrumentos, particularmente la Convención sobre los derechos políticos de la mujer, que tienen normas al respecto. Las principales son las siguientes:

« Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer, firmada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, artículo 1.- Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo».

«Convención sobre los derechos políticos de la Mujer, artículo I.- Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna».

"Convención sobre los derechos políticos de la Mujer, artículo II.- Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna».

«Convención sobre los derechos políticos de la Mujer, artículo III.- Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna».

En el Perú todos estos derechos se hallan formalmente reconocidos. Sin embargo, la participación de la mujer en la política, debe ser todavía más promovida en los hechos para que exista una igualdad real entre varón y mujer en este ámbito de la vida social.

También debe buscarse equiparidad en el acceso a la educación y la cultura. Tradicionalmente, la mujer ha sido marginada de la educación en la sociedad. Todavía el índice de analfabetas es mayor que el de analfabetos en el Perú y son más los varones que acceden a estudios superiores. Es una situación que cambia paulatinamente para mejor, pero que todavía necesita promoción especial. Dice el artículo 10 de la Convención:

«Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 10.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación [...]».

En el ámbito del trabajo es, tal vez, en el que todavía se manifiesta la discriminación contra la mujer en mayor medida: preferencia de contratación de varones; menos remuneración para las mujeres a igualdad de trabajo; no contratación de mujeres que posiblemente salgan embarazadas; falta de facilidades para armonizar la maternidad con el trabajo son algunas de las formas que asume este problema. La Convención dice al respecto:

«Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 11.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

Al derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

a) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;

b) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;

c) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;

d) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.

e) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [...]».

Todos estos derechos se hallan formalmente establecidos en el Perú. Como en otros casos de marginación a la mujer, sin embargo, se requiere un esfuerzo adicional para que su vigencia real crezca.

Como un tema específico en el ámbito de trabajo, pero que también corresponde al ejercicio de la función pública, la Convención establece igualdad de oportunidades para las mujeres en la representación internacional del Gobierno de su país:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 8.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar a la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre y sin discriminación alguna, la oportunidad de representar a su gobierno en el plano internacional y de participar en la labor de las organizaciones internacionales».

También la mujer ha sufrido discriminaciones en relación a su nacionalidad y, particularmente, cuando se casa o muda de residencia con su familia. La Convención pretende, con justicia, que la mujer tenga iguales derechos que el varón en materia de nacionalidad; que el matrimonio no se la cambie automáticamente y, menos aún, que corra el peligro de quedar apátrida ya que, en base a la combinación de disposiciones de diversos países, podría ocurrir que pierda su nacionalidad sin obtener ninguna otra. Estas normas también exigen que los hijos puedan seguir la nacionalidad de la madre como la del padre y no sólo la de éste. Dice el artículo 9 de la Convención:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 9.-

1. Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

2. Los Estados Partes otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos».

En materia de salud, se pretende también que la mujer pueda acceder a todos los servicios en iguales condiciones que el hombre. Se añade especial referencia a la planificación familiar, asunto que tratamos al abordar el artículo 6 de la Constitución. También es de destacar el compromiso que asumen los Estados partes de proteger y servir efectivamente a la madre que lo necesite, con servicios gratuitos de nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia, tema que tiene que ver con la protección garantizada a la madre en el artículo 4 de la Constitución. Dice el artículo 12 de la Convención:

«Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, artículo 12.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

En el ámbito de igualdad ante la ley, la Convención se preocupa particularmente de la capacidad de ejercicio que se acuerde a la mujer en las disposiciones legislativas. En muchos casos, es sobre todo la mujer casada la que disminuye su capacidad y autonomía de manifestar voluntad, de trabajar fuera del hogar, en fin, de tomar varias decisiones importantes para ella misma. Dice el artículo 15:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 15.-

1.- Los Estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

2.- Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3.- Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

4.- Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio».

Para nosotros queda claramente establecido que este artículo de la Convención permite impugnar en vía de jurisdicción constitucional, cualquier disposición que disminuya la capacidad de ejercicio de la mujer, porque estas normas tienen rango constitucional en el Perú. De hecho, con el advenimiento del Código Civil de 1984, las discriminaciones existentes en el de 1936 fueron formalmente eliminadas. Quedan los aspectos consuetudinarios, ahora contra la ley, que deben ser removidos de la vida social para que estos derechos puedan ser ejercitados plenamente en la realidad.

También es importante la protección en el ámbito de las relaciones de pareja, particularmente los esponsales (que en muchos países son determinados por los padres y afectan principalmente la libre decisión de la mujer, aunque no únicamente la de ella), y el matrimonio, dentro de cuyo régimen muchas veces se establecen privilegios para el marido y situación postergada para la mujer. Dice el artículo 16 de la Convención:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 16.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares [...]

2.- No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos añade normas muy importantes, y adaptadas a nuestra realidad, sobre las relaciones de pareja entre varón y mujer, encaminadas a la equiparidad del tratamiento jurídico de los sexos:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.-

1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2.- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3.- El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4.- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos.

5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo».

Cada una de estas disposiciones añade igualdad a la mujer con rango constitucional, lo que es muy importante en el Perú porque si bien prácticamente todas se hallan ya en la legislación, tienen rango de ley y no constitucional. Tal vez los únicos derechos aquí establecidos que no lo están de manera expresa ni en la Constitución ni en el Código Civil son los de contraer matrimonio y formar familia. Por el rango que consi-

deramos tienen estas normas internacionales en el Perú, sostenemos que todos estos derechos así declarados, tienen también rango constitucional entre nosotros y que, en consecuencia, pueden ser exigidos por vía de las garantías constitucionales, de ser el caso.

Daniel O'Donnell hace un comentario ampliatorio y a nuestro juicio muy sugerente sobre la igualdad de varón y mujer dentro de la vida de pareja. Dice a propósito de las normas internacionales al respecto:

> El principio de igualdad de los cónyuges es regulado de manera más pormenorizada por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo artículo 16 establece:
>
> 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:
>
> a. El mismo derecho para contraer matrimonio;
>
> b. El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
>
> c. Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
>
> d. Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
>
> e. Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;

f. Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g. Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h. Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial (105).

Un tema muy importante de todos los tratados es el del libre y pleno consentimiento de la mujer para el matrimonio. Sobre él, creemos que se ha hecho importantísimos avances en el Perú contemporáneo y que una apreciable cantidad de mujeres ya contrae matrimonio voluntaria y libremente. No fue así sólo unas décadas atrás.

Existen otros varios campos de posible discriminación contra la mujer que la Convención agrupó en su artículo 13. Son importantes por su significación:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 13.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

---

(105) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 383.

a) El derecho a prestaciones familiares.

b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;

c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural».

Finalmente, la Convención llama la atención sobre la problemática sectorial de la mujer que vive en el ámbito rural, y cuya función dentro de la familia es completamente distinta que en el ámbito urbano. Ella trabaja en la tierra y en la venta de los productos, organiza buena parte de la actividad familiar y, además, realiza las funciones de atención del hogar. En muchos casos, su trabajo no es reconocido y tampoco lo son sus derechos sobre los bienes inmuebles que puedan estar a nombre de quien, muchas veces, no es su marido por matrimonio civil sino un compañero permanente. Dice el artículo 14 de la Convención:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 14.-

1.- Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales [...]».

A todos estos elementos de juicio, hay que añadir que en el Perú se ha revertido una notoria discriminación que hubo desde siempre frente a la mujer, y que fue su posibilidad de seguir la carrera de militar o policía en los grados de oficialidad. Desde hace unas décadas se permite el ingreso de las mujeres a los rangos subalternos. Sin embargo, el 19 de junio de 1996 se promulgó la ley 26628 cuyo artículo 1 dice lo siguiente:

«Ley 26628, artículo 1.- Amplíase para las mujeres el acceso a las Escuelas de Oficiales de Suboficiales de las Fuerzas Armadas y, siguiendo las carreras militares correspondientes, a obtener los grados militares y beneficios que correspondan, bajo los mismos principios y normas que rigen al personal masculino en las Fuerzas Armadas».

Para concluir, consideramos importante transcribir una evaluación recientemente realizada sobre la situación de los derechos de la mujer en el Perú, que dice lo siguiente:

> En lo que respecta a los derechos de la mujer, hay indicadores que señalan, durante los últimos años, un avance en determinadas áreas: educación, mayor conocimiento y acceso a instrumentos de salud repro-ductiva, participación en el campo laboral, en la gestión social de la lucha contra la pobreza y consolidación de organizaciones que promueven los derechos femeninos.
>
> Sin embargo, la participación de la mujer es escasa en todos los niveles donde se toman decisiones. La pobreza, el deterioro de la calidad de vida y la desigualdad social afectan significativamente más a la mujer que al varón. Debido a la pobreza y al machismo que aún subsiste, las mujeres se ven sobrecargadas de responsabilidades. El censo de 1981 indicaba que la quinta parte de los hogares (760,000) eran conducidos por mujeres. El Censo Nacional de Población y Vivienda de 1993 arrojó que 1'110,236 mujeres eran jefas de hogar (106).

Consideramos que, como en muchos otros aspectos de su quehacer, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos da en este ámbito una visión con conocimiento de causa y ponderación. Puede verse que, en el Perú, hay razones para alegrarse del progreso de la lucha contra la discriminación de la mujer, pero hay también amplios problemas que todavía habrá que remontar con esfuerzo.

6.3. Discriminación racial

La discriminación racial tiene descripción en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Dice:

---

(106) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995*. Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 59.

«Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1.-

1.- En la presente Convención la expresión «discriminación racial» denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública [...]».

La discriminación racial consiste en distinción, exclusión, restricción o preferencia. La distinción consiste en tratar de manera distinta a las personas. La exclusión en reconocer situaciones, derechos o atribuciones a unas personas y desconocerlas a otras que, en principio, tendrían igual derecho. La restricción en reconocer situaciones, derechos o atribuciones plenamente a unos y en menor grado a otros sin que, en principio, hubiera razón especial para ello. La preferencia, en dar un trato más favorable a quien tiene igual o menor condición de merecimiento que el otro al que se posterga.

La discriminación racial ocurre por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española* las razas humanas son "grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra". La discriminación por raza sería, entonces, la que se funda en que el individuo agraviado pertenezca a uno de estos grandes grupos de la humanidad.

Con lo dicho, ya se ve que el color está vinculado a la definición de raza pero bien podría ocurrir que hubiera personas mestizas que tienen el color de una raza y los rasgos de otra y que sólo por aquél fueran discriminadas.

El linaje es definido por el *Diccionario de la Real Academia Española* como "ascendencia o descendencia de cualquier familia", y el concepto sirve para evitar que exista discriminación por diferencia de clanes.

Origen nacional es la pertenencia a una determinada nación que es una organización social fundada en un vínculo político de Estado: consiste en pertenecer a un Estado-Nación. La discriminación, por consiguiente, tendría por fundamento que el agraviado pertenece a una nación determinada.

El origen étnico, siempre según el *Diccionario de la Real Academia Española*, hace referencia a una nación o raza con lo que sería equivalente a los conceptos analizados antes. Sin embargo, al tratar de la voz *etnografía* dice que es la "ciencia que tiene por objeto el estudio y descripción de las razas o pueblos". Desde esta perspectiva, podríamos decir que el origen étnico tiene que ver con la pertenencia a un pueblo determinado, que es un grupo humano que no sólo comparte la raza sino también una cultura determinada. Así, la discriminación por origen étnico se daría entre pueblos distintos, aunque compartieran uno o más elementos de su configuración humana entre sí.

El objeto o resultado de la discriminación racial consiste en anular, o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos o libertades. Al referirse a anulación, la norma indica que se elimina completamente los derechos o libertades. Al referirse a menoscabo está indicando disminución aunque no eliminación total. Estos efectos pueden ser sobre el reconocimiento (es decir, la declaración formal), sobre el goce (es decir, sobre el derecho a tenerlos aunque no se ejerciten directamente, sino por representantes o intermediarios), o sobre el ejercicio (que es el derecho de ejercitar directamente tales derechos y libertades, sin representantes o intermediarios).

La discriminación racial produce como resultado la carencia de condiciones de igualdad en los derechos y libertades fundamentales, es decir, su efecto consiste en que se trate desigualmente a quienes son sustantivamente iguales. Aquí retomamos lo indicado en la primera parte del comentario a este inciso: sobre los derechos humanos (que incluyen a las libertades en su sentido más genérico), cada ser humano es igual al otro y tiene el mismo derecho, en la misma cantidad, a participar de ellos. Si esta igualdad se disminuye o elimina, se trata desigualmente a los iguales y se produce la discriminación.

La discriminación racial definida en la norma antes transcrita se re-

fiere a los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las esferas de la vida pública, de las que la política, económica, social o cultural, son una mera enumeración no taxativa en el texto.

El compromiso que los Estados Partes (el Perú es uno de ellos) adquieren para combatir la discriminación racial, es significativo. La norma que consideramos más importante de transcribir aquí es el artículo 4 que dice:

«Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 4.- Los Estados Partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación;

b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley;

c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella».

El artículo 5, por su parte, contiene una declaración de prohibición

general de la discriminación racial, con el compromiso de buscar su erradicación total por los Estados Partes:

«Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 5.- En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico [...]».

Ambos dispositivos son suficientemente claros y no necesitan mayor comentario. Queda decir que su ejecución es obligatoria en el Perú por ser un tratado debidamente ratificado por el Estado y que, en consecuencia, sus regulaciones devienen en derechos constitucionales para quienes sean agraviados por fenómenos de discriminación racial y pueden ser protegidos mediante las garantías constitucionales existentes.

Como vimos antes en la propia Convención que hasta aquí utilizamos, una de las formas de la discriminación racial era la que provenía del origen étnico. En referencia a ella, es pertinente citar el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú y por tanto parte del Derecho interno, que dice respecto del tema:

«Convenio N.169 OIT, artículo 2.-

1.- Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2.- Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida».

El énfasis que puede notarse en los aspectos económicos y sociales de la vida de los pueblos nativos a los que se refiere este Convenio, es muy propio de las preocupaciones de la OIT y totalmente pertinente porque, normalmente, son grupos humanos postergados en el desarrollo socioeco-nómico y marginados del progreso por razones etnocentristas en los países en los que domina la cultura occidental, como es el caso del Perú.

Por su parte, el artículo 31 del Convenio dice lo siguiente en referencia al tema de la educación y de la importancia que tiene el proceso de socialización en general para la discriminación racial:

«Convenio N.169 OIT, artículo 31.- Deberán adoptarse medidas de carácter educativo *en* todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados».

El Perú es un país de enorme riqueza étnica y cultural que debe proteger y desarrollar su variedad y, dentro de ella, forjar su unidad. Lo dice Marisol Rodríguez Vargas de la siguiente manera, en referencia a la importancia de la educación bilingüe intercultural:

> A diferencia de otros países el Perú tiene pluralidad de razas y un riquísimo conjunto de expresiones lingüísticas, artísticas, y costumbristas, que debe cultivar y desarrollar como parte del ser peruano.
>
> Este aspecto, referido a la igualdad ante la ley y ante el otro, (que pertenece a otra cultura), es también parte del derecho a la diferencia, un derecho que todos tenemos y que es muy apreciado por

los indígenas. Este aspecto es también abordado por la educación bilingüe intercultural.

La promoción y revaloración de las identidades étnicas, antes invisibles a causa de la marginación social, será su principal tarea. Intentando restablecer estos derechos, la propuesta del modelo educativo inter-cultural propicia la elaboración de dinámicas y estrategias de diálogo que faciliten la comprensión de las diferencias y semejanzas entre quienes conformamos la pluricultural y multilingüe sociedad peruana (107).

Como resulta obvio, la igualdad y la no discriminación racial en estos aspectos, tiene mucho que ver con otras normas constitucionales. Las principales son:

- El derecho a la identidad individual, tal como la hemos desarrollado al comentar el inciso anterior de este artículo.
- El derecho del acceso a la cultura, contenido en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a la identidad étnica y cultural y el deber del Estado de reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación, contenidos en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución.
- El derecho a utilizar el propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete, reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución. También la oficialización de las diversas lenguas en los lugares en los que predominen, según el artículo 48 de la Constitución.

El Perú es un país en el que el racismo se traslada a través de generaciones, mediante códigos que son aprendidos en la vida cotidiana para luego utilizarlos como medios de interpretación de la realidad. Un trabajo empírico realizado por Gonzalo Portocarrero (108), demuestra

---

(107) RODRIGUEZ VARGAS, Marisol. *Educación intercultural. Aproximaciones hacia una propuesta educativa para la realidad peruana.* Lima, CAAAP, 1996, p. 48.

(108) PORTOCARRERO, Gonzalo. *Violencia estrucutral en el Perú: Sociología.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990.

esta aseveración y da detalles de los matices que adquiere según grupos sociales. Por ello, la labor jurisprudencial aplicando creativamente estos tratados internacionales y las normas constitucionales internas con la finalidad de eliminar la discriminación racial es muy importante. Fernández Segado trae este ilustrativo pasaje sobre la importancia que tuvo la justicia norteamericana en la materia:

> [...] la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a los derechos fundamentales ha sido enormemente evolutiva, como muestran de modo muy significativo sus diferentes tomas de postura en torno al tema de la discriminación racial, del que constituyen hitos significativos la Sentencia pronunciada en 1857, en el caso Dred Scotto Vs. Sandford, fallo en el que el alto Tribunal asumió la posición de los esclavistas al rechazar la demanda de un negro por su libertad, quien alegaba el derecho a la misma por haber sido trasladado por su patrono a un Estado que no reconocía la esclavitud. El fallo fue tan ultrajante que uno de sus principales argumentos fue el derecho de propiedad del patrono sobre el esclavo.
>
> En 1896, en lo que constituye un nuevo fallo absolutamente criticable, el Tribunal, en el caso Plessy vs. Ferguson, sentaba el principio «separate but equal», denegando de esta forma la razón al ciudadano de color Homer Plessy, quien había sido arrestado por sentarse en el vagón asignado a blancos en el Ferrocarril del Este de Louisiana.
>
> Había de ser el Tribunal presidido por Earl Warren quien llevaba menos de un año como Chief Justice, el que diera un giro radical en su jurisprudencia sobre esta materia con ocasión del caso «Brown vs. Board of Education of Topeka» (17 de mayo de 1954), en el que el Tribunal fallaba aboliendo el principio «separate but equal». Bien puede decirse que el cambio en materia de derechos llevado a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Warren fue tan espectacular que, hasta el retiro del Juez Warren, en 1969, el Tribunal Supremo estuvo en camino de erigirse a una autoridad legalmente omnímoda (109).

---

(109) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994. Cap. II, pp. 169-170.

6.4. Discriminación educativa

Esta discriminación ha sido definida en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Dice su artículo 1:

«Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 1.-

1.- A los efectos de la presente Convención, se entiende por «discriminación» toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en al esfera de la enseñanza, y, en especial:

a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;

b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;

c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2.- A los efectos de la presente Convención, la palabra «enseñanza» se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da».

La discriminación en la enseñanza consiste en distinción, exclusión, restricción o preferencia. Como ya hemos dicho al tratar de otras definiciones de esta misma naturaleza, la distinción consiste en tratar de manera distinta a las personas sin razón para ello. La exclusión en reconocer situaciones, derechos o atribuciones a unas personas y desconocer-

los a otras que, en principio, tendrían igual derecho. La restricción en reconocer situaciones, derechos o atribuciones plenamente a unos y en menor grado a otros sin que, en principio, hubiera razón especial para ello. La preferencia, en dar un trato más favorable a quien tiene igual o menor condición de merecimiento que el otro al que se posterga.

La finalidad o efecto de esta discriminación consiste en destruir o alterar la igualdad de trato en al esfera de la enseñanza con las cuatro precisiones que se hacen en los incisos respectivos y que son suficientemente claras en sí mismas. Se entiende, por consiguiente, que la no discriminación en materia de enseñanza debe conducir a que todas las personas tengan igual acceso a los mismos centros educativos, que sean recibidas en condiciones compatibles con la dignidad humana, y que tengan derecho a acceder a todos los grados de enseñanza que se hayan determinado como indispensables para la persona en la legislación de la materia.

Sin embargo, la enseñanza muchas veces puede ser impartida en centros de enseñanza diferentes, para dar opciones múltiples a quienes toman la decisión de donde y cómo educar (normalmente los padres de los menores, como indica el artículo 13 de nuestra Constitución). En este sentido, se permite lo siguiente en el artículo 2:

«Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza ,artículo 2.- En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;

b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de

los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia e estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;

c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado».

Como en los casos anteriores, cada una de estas normas se convierte en un derecho de rango constitucional, exigible por vía de las garantías establecidas en nuestra Carta.

6.5. Discriminación laboral

La discriminación laboral ha sido definida en el Convenio 111 de la OIT en los siguientes términos:

«Convenio N.111 OIT, artículo 1.-

1.- A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo».

La discriminación laboral se produce por distinción, exclusión o preferencia. No se utiliza aquí, como en otros casos, la posibilidad de la restricción de derechos aunque bien pudiera ocurrir el caso. Desde luego, también podrá ser tratado como una distinción. Diremos nuevamente que la distinción consiste en tratar de manera distinta a las personas sin causa debida. La exclusión en reconocer situaciones, derechos o atribuciones a unas personas y desconocerlas a otras que, en principio, tendrían igual derecho. La preferencia, en dar un trato más favorable a quien tiene igual o menor condición de merecimiento que el otro al que se posterga.

El efecto de la discriminación laboral consiste en anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación, esto es, hacer que dos trabajadores que tienen la misma cualificación y características, tengan condiciones laborales distintas, o tengan diversas oportunidades de acceso al trabajo o de mejora dentro de él.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha establecido reglas mínimas esenciales de no discriminación en el trabajo. Ellas son:

« Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.-

[...]

2.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3.- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social [...]».

Con una particularidad propia, aunque genéricamente incluida en la igualdad de oportunidades laborales, está la no discriminación en materia de acceso a las funciones públicas, considerada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.-

[...]

2.- Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país [...]».

Como puede verse, el derecho está limitado en este caso a los nacionales dentro de su propio Estado. Es una norma razonable teniendo en cuenta que se trata del servicio público.

Todas estas disposiciones, como hemos sostenido oportunamente, tienen rango constitucional y pueden ser exigidas mediante las garantías constitucionales, según las reglas en base a las cuales ellas se aplican dentro de nuestra Constitución.

En el Perú se ha dictado la Ley 26772 del 14 de Abril de 1997 que prohíbe la discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato en las ofertas de empleo y en el acceso a medios de formación educativa. Sus principales normas son:

"Ley 26772, artículo 1.- Las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato".

"Ley 26772, artículo 2.- Se entiende por discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado, desprovisto de justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole".

Las normas son claras, se explican por sí mismas y, desde luego, en nuestra opinión son correctas.

6.6. No discriminación para los niños

El Derecho Internacional ha establecido norma expresa sobre el trato no discriminatorio del niño para el acceso a las medidas de protección que se le deben, en tres ámbitos distintos: el de su familia, el de la sociedad y el del Estado. Debe entenderse que constituye un derecho constitucional en el Perú, que puede ser protegido por las garantías constitucionales, de ser necesario. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el Tratado que la contiene con este texto:

«El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.-

1.- Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

[...]".

6.7. No discriminación en materia tributaria

Desarrollando el tema de la tributación en la Constitución, Armando Zolezzi hace una apreciación interesante sobre la manera en que dicho tema se relaciona con el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que venimos tratando. Dice:

> El numeral 2 del Artículo 2° de la Constitución declara que toda persona tiene derecho: «A la igualdad ante la ley. nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».
>
> Es lo que en doctrina se conoce como principio de generalidad. Al respecto el profesor argentino Héctor Villegas sostiene: «Este principio de generalidad se refiere más a un aspecto negativo

que positivo. No se trata de que todos deben pagar tributos, según la generalidad sino que nadie debe ser eximido por privilegios personales, de clase, linaje o casta. En otras palabras, el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona, cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del tributo, debe quedar sujeta a él.

Este principio estaba expresamente recogido en la Constitución de 1979, en el Artículo 139, con la fórmula de que no hay privilegio personal en materia tributaria (110).

Y luego, sobre el mismo tema, señala lo siguiente:

[...] por ejemplo, sería inconstitucional una norma que discrimine por motivo de raza, sexo, idioma, religión, etc. pues estaría atentando contra el principio de generalidad que recoge el numeral 2 del referido artículo 2° y, además sería violatorio del Artículo 103°, según el cual: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas».

No obstante que resulta obvio el que ninguna norma tributaria puede, válidamente, ser contraria a los derechos fundamentales de la persona, que la Constitución reconoce, me parece pertinente que el Artículo 74° lo diga expresamente (111).

Como puede apreciarse, los mismos elementos de juicio y de metodología de trabajo que hemos aplicado para otros detalles de la igualdad ante la ley, son aquí utilizados por Zolezzi para el ámbito tributario. Nuestra concordancia de medios y conceptos es total con sus apreciaciones.

---

(110) ZOLEZZI MÖLLER, Armando. *El régimen tributario en la nueva Constitución*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 149.

(111) ZOLEZZI MÖLLER, Armando. *El régimen tributario en la nueva Constitución*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 151.

7. Artículo 2 inciso 3

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. [...]».***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los textos constitucionales peruanos tendrían que esperar hasta este siglo para contener normas de protección a las ideas y creencias. Las Constituciones que las contienen son la de 1920 y 1933:

"Constitución de 1920 artículo 23.- Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni por razón de sus creencias".

"Constitución de 1933 artículo 59.- La libertad de conciencia y de creencia es inviolable.

Nadie será perseguido por razón de sus ideas".

Hay que notar que, a diferencia de en la actual Constitución, en aquellas dos no existe mención al delito de opinión ni al ejercicio de las confesiones, que son derechos positivos y distintos a la protección contra la persecución.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los dispositivos antecedentes de la Constitución de 1979 son los siguientes:

"*ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público.

[...]

20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

e) No hay delito de opinión [...]".

Puede verse que texto a texto, con una ligera modificación que no afecta lo sustancial, la Constitución de 1979 y la de 1993 establecen las mismas normas sobre este punto.

Análisis exegético

Si se estudia los antecedentes del artículo 50 de la Constitución, referentes al tipo de vinculación entre el Estado y la Iglesia Católica, se podrá ver fácilmente que hubo una confesión estatal de catolicismo hasta entrado este siglo y que, inclusive, los textos constitucionales como el de 1860, prohibían el ejercicio de cualquier otra religión. La tolerancia religiosa no fue norma constitucional peruana.

Si lo fue, en cambio, en la tradición liberal de la que arriba nuestro pensamiento constitucional. El artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto de 1979 dice:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 10.-Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido por la ley".

Como puede verse, la elaboración francesa de dos siglos atrás es sustantivamente similar a la de nuestra Constitución. A pesar de esta tra-

dición, es recién en el siglo actual, por ley modificatoria de la Constitución dictada el 11 de noviembre de 1915, que se elimina la prohibición de otras religiones y, así, queda abierto el camino para que ellas se instalen en el país.

En esta breve revisión de la evolución del tema, es de destacar que en el documento presentado por la Conferencia Episcopal Peruana a la Asamblea Constituyente de 1979, se propuso ya la independencia entre Estado e Iglesia y la norma sobre libertad religiosa. Dijo el texto:

> El hecho religioso, dimensión reconocida como fundamental en la esfera del hombre y de la sociedad, y derecho de la persona humana, debe ser enfocado desde el punto de vista moderno, acorde con las circunstancias nacionales y generales, del momento actual y del nuevo estado de cosas que se trata de fundamentar.
>
> Es más, la libertad religiosa, como fórmula consagrada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (N. 18), de todo hombre y de todo grupo, ha de ser la base fundamental del tratamiento que lo religioso debe recibir en la nueva Carta Constitucional.
>
> Dentro de estos principios, cada pueblo debe dotarse de una legislación acorde con su realidad social, debe partir del reconocimiento de lo que su población piensa y cree, no para dar privilegios a determinados grupos, sino para dotar, en justicia distributiva, a cada uno, de lo que necesita para mejor cumplir su función social en medio de la comunidad nacional.
>
> Así, en el Perú, no puede dejarse de lado las creencias religiosas de las mayorías nacionales, así como la presencia de la Iglesia católica en el que hacer común desde el nacimiento mismo de la Patria (112).

---

(112) CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA. *Religión e Iglesia en la Nueva Constitución*. En BERNALES B., E y RUBIO C., M. *Constitución: fuentes e interpretación*. Lima, Mesa Redonda Editores S.A., 1988. Anexo II, p. 133.

También la Conferencia Episcopal Peruana citó los textos del Concilio Vaticano II en especial referencia a la libertad religiosa:

> Es un hecho, pues, que los hombres de nuestro tiempo desean poder profesar libremente la religión en privado y en público; más aún, que la libertad religiosa se declara ya como derecho civil en muchas constituciones y se reconoce solemnemente en documentos internacionales [...].
>
> Por todo ello, para que las relaciones pacíficas y la concordia se establezcan y consoliden en el género humano, se requiere que en todas partes la libertad religiosa sea protegida por una eficaz tutela jurídica y que se respeten los deberes y derechos supremos del hombre a desarrollar libremente su vida religiosa dentro de la sociedad (DH, 15) (113).

Puede verse que, al tiempo que la Jerarquía Católica reclama el puesto que le corresponde en la fe y los sentimientos de las mayorías nacionales, plantea que todos puedan ejercitar libremente su fe dentro del espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos, respaldada por sus propios textos doctrinales contemporáneos.

La libertad de conciencia y la de religión, se refieren en primer lugar al fuero interno de la persona, dentro del cual, ella puede tener la profesión de ideas y convicciones que prefiera. En esto no hay límite alguno. Si estas ideas internas fuerzan a la persona a actuar exteriormente, entonces deberá sujetarse a las reglas que permiten su interacción con los demás y esto incluye desde la expresión de las ideas, hasta el pasar a vías de hecho para ser consecuente con ellas.

En el actuar, particularmente cuando se trata del ejercicio de alguna religión, está el límite establecido por la propia Constitución a actuar sin ofender la moral ni alterar el orden público. Desde luego, lo propio se

---

(113) CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA. Religión e Iglesia en la Nueva Constitución. En BERNALES B., E y RUBIO C., M. *Constitución: fuentes e interpretación*. Lima, Mesa Redonda Editores S.A., 1988. Anexo II, p. 135.

aplica , en nuestro criterio sin mayor discusión, al ejercicio de las consecuencias que dicta para la acción la libertad de pensamiento.

La idea de la libertad religiosa y de su vinculación con la libertad de expresión y de enseñanza, es dada por Semino en la siguiente cita:

> La libertad religiosa se halla íntimamente vinculada, a todas luces, con la libertad de expresión de los pensamientos y, en tanto así, con la libertad de enseñanza. Según la doctrina más clásica (Duguit, Burdeau) debe ser analizada separando dos aspectos bien diferenciales: la libertad de conciencia y la libertad de cultos.
>
> La libertad de conciencia consiste en el derecho de creer o no lo que se quiera en materia religiosa y de manifestarlo exteriormente. Como ya se aludió, esta libertad no es más que una especificación de otro derecho fundamental: el de comunicar libremente los pensamientos. Se cree (en lo interior del espíritu y la mente) y se opina (exteriorizando el pensamiento y la creencia) (114).

Puede verse claramente que existen vinculaciones claras entre estos derechos, que no son otros que los que figuran en los incisos 3 y 4 del artículo 2, y artículo 14 de la Constitución peruana.

Las libertades de conciencia y religión tienen desarrollo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Dice su texto:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 18.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

---

(114) SEMINO, Miguel Angel. *Libertad de conciencia y religión.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 6.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 82

Coincide con la Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre que, sin embargo, es más escueta:

«Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo III.- Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado».

El texto de la Declaración Universal de Naciones Unidas es más detallado, no sólo que el americano sino también que el de nuestra Constitución pues desagrega los siguientes elementos:

- La libertad de cambiar de religión y la libertad de conciencia están jurídicamente protegidas. No puede haber consecuencias jurídicas por tales hechos y, además, deben respetarse cuando ocurren.
- La libertad de manifestar la religión individual y colectivamente, en público y en privado, según sea el caso y con las finalidades de enseñarla y practicarla. En este último caso se permiten tanto el culto formal, como la observancia de sus reglas.

Estas reglas, desde luego, deberán aplicarse observando la parte final del texto del inciso 3 del artículo 2 de la Constitución: ninguna confesión debe ofender *la moral ni alterar* el orden público. En estas hipótesis, su manifestación será restringida en lo que viole estas reglas.

El primer inciso del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, contiene las mismas normas que acabamos de ver en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo añade otras también importantes:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18.-

[...]

2.- Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3.- La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean

necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

La prohibición de coerción que menoscabe la libertad de adoptar religión o creencias libremente, es consustancial al derecho establecido y puede decirse que ya está contenida en él. Las limitaciones que establece el inciso tercero son aparentemente más amplias que las de nuestra Constitución (que sólo menciona la moral y el orden público), pero bien vistas las cosas, la seguridad, la salud y la observancia de los derechos y libertades están perfectamente incorporados en el respeto del orden público, por lo que entendemos que existe concordancia adecuada entre el Pacto y nuestra Constitución y que ambas normas pueden aplicarse concordantemente en este punto. La libertad de educación religiosa de los padres para con los hijos, está también recogida en el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución, aún cuando con una redacción distinta.

También hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos una aproximación interesante al tema de la libertad de conciencia y religión en el caso de minorías, a las que puede suceder que se reprima en estos aspectos como parte de una política de dominación. Dice el artículo respectivo:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

La Convención sobre los Derechos del Niño, aplica estos mismos conceptos al ámbito que ella norma:

«Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 30.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas

de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

La disposición, desde luego, aparece totalmente pertinente y, junto con la anterior, son derechos de rango constitucional en el Perú que podrán ser exigidos por vía de las garantías constitucionales.

El artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no hace sino sistematizar y ratificar todos los derechos que hemos visto hasta aquí:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12.-

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de confesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2.- Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3.- La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4.- Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Con las precisiones en referencia a su grado de obligatoriedad que figuran en la parte inicial de la cita, este texto que transcribimos a continuación es importante en el contexto de la libertad de creencia y de religión porque presenta una serie de aristas concretas en las que el derecho se materializa y que, desde luego, pueden ser reguladas por vía jurispru-

dencial. Se refiere el autor a la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundada en la religión o en las convicciones, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981:

> Como vimos en la Introducción al Tratado, este tipo de declaraciones no tiene obligatoriedad por sí mismas, aunque puede adquirirla en la medida en que refleja o reglamenta principios que ya revisten carácter obligatorio. Cabe anotar, en este sentido, que los Conside-randos de la Declaración de 1981 señalan que este instrumento tiene sus raíces en dos principios ya consagrados en la Declaración Universal y en el Pacto Internacional, es decir, la libertad de conciencia y el principio de no discriminación e igualdad ante la ley.
>
> Esa Declaración establece, en su artículo 6, la siguiente lista no exhaustiva de actividades y prácticas comprendidas por la libertad de conciencia y de culto:
>
> «De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes:
>
> a. La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
>
> b. La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
>
> c. La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
>
> d. La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
>
> e. La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;

f. La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;

g. La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;

h. La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;

i. La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional».

A nuestro criterio, este artículo de la Declaración de 1981 puede ser empleado en la interpretación del derecho del individuo a manifestar sus creencias religiosas u otras, de cualquiera de los cuatro instrumentos que forman el marco de referencia del Tratado (115).

Todo esto que en teoría es bastante claro, entra en discusión cuando se aplica en la realidad, sobre todo en ciertas circunstancias en las que parecen chocar las convicciones de las personas con las normas de orden público que limitan la libertad de creencia y religión. Casos recientes, principalmente notorios en los Estados Unidos donde ciertas sectas cometen crímenes bajo forma de culto y otras se convierten en peligrosos escuadrones armados, son testimonio de estas dificultades. Semino dice al respecto:

Veamos algunos ejemplos que no tienen nada de hipótesis de laboratorio: han sido tomados de la realidad. Determinados grupos religiosos se niegan a permitir que a sus miembros se les someta a un proceso de transfusión de sangre porque sus creencias les impiden aceptarlo. Un médico que se enfrenta a una situación límite en

(115) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 236.

que la transfusión es requisito de vida ¿qué hace? Otras colectividades religiosas —también invocando su profesión de fe— se niegan a saludar los símbolos nacionales, por ejemplo, la bandera y el himno. ¿Pueden ser sancionados, penal o administrativamente, por comportarse de esa forma? Esa misma negativa posición ante los símbolos patrios suele manifestarse en relación con el servicio militar o el llamado bajo banderas cuando hay un conflicto bélico: es el caso de los objetores de conciencia. ¿Se los ha de considerar desertores o sus convicciones religiosas obrarán como causa de justificación? Menos trágico, pero respondiendo a similar motivación, es el caso de quienes se niegan a trabajar los días sábados —o a dictar clases— porque ese es su día de guardar, mientras que para el resto de la colectividad lo es uno distinto. ¿Se los despide por mala conducta o falta de colaboración con la empresa? ¿se les retira la habitación para enseñar?.

En los casos que hemos reseñado —hay, por cierto, muchos más— el concepto de libertad religiosa desciende del olimpo de las abstracciones constitucionales a la prosaica pero muy rica aplicación de las multifacéticas expresiones de la conducta humana. Los problemas planteados requieren solución jurídica y ésta se obtendrá —en nuestra opinión— conjugando armoniosamente la libertad religiosa como principio constitucional y las nociones de seguridad, moral, salud, orden público y derecho ajeno como límites legítimos de aquélla y, en general, de todos los derechos humanos, en los ordenamientos normativos de filiación democrática-liberal (116).

Es indudable que el rol de los tribunales es esencial para perfilar jurisprudencialmente los alcances de derechos que como los de libertad de creencia y de religión, pueden entrar muy fácilmente en conflicto con otros derechos como el de libre expresión, o con normas limitativas como las de orden público. Los derechos de difícil precisión requieren, con mayor razón, de una especial dedicación por los organismos de administración de justicia. Sólo de esa manera adquieren precisión y signi-

---

(116) SEMINO, Miguel Angel. *Libertad de conciencia y religión.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 6.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 84-85.

ficación que permitan la posibilidad de exigirlos en concreto a través de los mecanismos de protección establecidos.

Además de la libertad de conciencia y religión, este artículo incorpora en su texto la norma que dice escuetamente: "no hay delito de opinión".

Las normas internacionales concordantes con ella son las siguientes:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.-

1.- Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

[...]».

No es exactamente la proscripción del delito de opinión, pero en cierta manera es un género mayor porque no sólo impide que se establezca pena por la opinión de cada uno sino que, inclusive, prohibe cualquier otra molestia. Es una norma aplicable en el Perú con rango de derecho constitucional y, también, susceptible de ser defendida mediante las garantías constitucionales existentes.

Como resulta obvio del texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la no existencia del delito de opinión no está vinculada a la libertad de creencia y de religión sino a la de opinión y expresión, esto es, a la exteriorización de los pensamientos. Una simple reflexión sobre el hecho mismo corrobora esta afirmación: no se puede conocer las opiniones que no han sido expresadas. Por ello, el sitio donde debiera estar la norma es el inciso 4 del artículo 2 y no éste y, tal vez, sería inclusive mejor darle un espacio específico y distinto de los demás, como ocurría en la Constitución de 1979. Es uno de los defectos técnicos del texto constitucional que valdría la pena corregir.

8. Artículo 2 inciso 4

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El derecho de libertad de imprenta o de prensa existe desde la propia Constitución de 1823:

"Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

7.- La libertad de imprenta en conformidad de la ley que la arregle.

[...]".

Por su parte, la Constitución de 1826 dio una fórmula que, en esencia es la contemporánea, conteniendo el derecho de expresarse, la prohibición de censura previa y el establecimiento de responsabilidades:

"Constitución de 1826, artículo 143.- Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra, ó por escrito y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa; pero bajo la responsabilidad que la ley determine".

Norma semejante traen las Constituciones de 1828 (artículo 153); 1834 (artículo 147); 1839 (artículo 156); 1956 (artículo 20); 1860 (artículo 23),y la de 1920 (artículo 34).

El tratamiento cambia decisivamente con los artículos 63 y 64 de la Constitución de 1933, que completan diversos aspectos de la normatividad:

"Constitución de 1933, artículo 63.- El Estado garantiza la libertad de la prensa. Todos tienen el derecho de emitir libremente sus ideas y sus opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión, bajo la responsabilidad que establece la ley. La responsabilidad concierne al autor y al editor de la publicación punible, quienes responderán solidariamente de la indemnización, que corresponda a la persona damnificada".

"Constitución de 1933, artículo 64.- Los tribunales ordinarios conocerán en los delitos de imprenta".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es:

"*ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

También es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente.

Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación [...]".

El texto es idéntico en las dos Constituciones, prácticamente letra a letra.

Análisis exegético

La Constitución peruana, en el inciso 4 del Artículo 2 ha establecido dos tipos de reglas que, aún cuando confluyentes en espíritu y temática, son distintas en naturaleza: el primer párrafo se refiere a la declaración del derecho internacionalmente reconocido como de opinión y expresión, en tanto que los dos párrafos siguientes disponen asuntos de naturaleza penal frente al mismo derecho aludido. En aras de una mayor claridad, desagregaremos el análisis nuestro en dos partes.

8.1. El derecho de opinión y expresión

Como se puede ver de los antecedentes de este artículo, la regla de la libertad de opinión y expresión tiene antigua Data y diversas formas de manifestación que, en sustancia, establecen el mismo principio. En verdad, ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, podemos encontrar una disposición al respecto:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 11.- La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es un derecho de los más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir y publicar libremente, salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley".

Hay que destacar que ya en esta redacción se encuentran los dos términos esenciales del derecho que hoy reconocemos: la posibilidad de expresarse libremente (esto es, sin censura previa), y la necesidad de responder por el abuso que se haga en su ejercicio, sujeto a las responsabilidades que establezca la ley.

Las libertades establecidas en la Constitución peruana son cuatro:

- La de información, que supone tanto recabarla como transmitirla. Veremos a continuación que los instrumentos internacionales sobre la materia establecen con toda claridad estas dos caras del derecho como consustanciales a su naturaleza.
- La de opinión, que es la posibilidad de formarse opiniones propias sobre todo lo que es susceptible de ser alcanzado por el pensamiento humano.
- La de expresión, que es la posibilidad de transmitir o comunicar nuestros pensamientos. En la *expresión* nos comunicamos a partir de nosotros mismos y, en tal sentido, ello es distinto que simplemente informar sobre datos que pueden no estar referidos a nuestras convicciones.
- La de difusión, que consiste no sólo en expresarse, sino en utilizar todas las tecnologías de información que nos hacen llegar a personas y lugares a los que nunca podríamos alcanzar por nosotros mismos. Ya hemos visto que la Constitución peruana de 1823 establecía la libertad de imprenta al inicio de la República.

Los textos internacionales se han ocupado también con extensión de las libertades que tratamos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas dice:

« Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

El texto señala los derechos básicos: la opinión y la expresión (esta última puede incluir perfectamente la información y difusión que añade nuestra Constitución) y prohibe molestar a las personas a causa de sus opiniones, dispositivo al que ya hemos dedicado comentario al finalizar el tratamiento del inciso anterior.

Muy importantes son las precisiones que hace la Declaración Universal en el sentido que el derecho de opinión y expresión, incluye los de investigar y recibir informaciones y opiniones, pues no se trata solamente

de emitir pensamientos propios, sino de poder recibir los de otros. Después de todo, sólo a través de la comunicación es que el ser humano puede acumular e incrementar su acervo intelectual y, precisamente en esta *intercomunicación intelectual* es que se halla una de sus diferencias cualitativas con los demás seres del planeta. Por consiguiente, investigar, recibir informaciones y opiniones son detalles esenciales del derecho reconocido y forman parte de los elementos que pueden ser protegidos por vía de las garantías constitucionales en nuestro sistema constitucional.

También indica la Declaración Universal que estas investigaciones, informaciones y opiniones, pueden ser difundidas por cualquier medio de expresión y sin fronteras, aludiendo a la universalidad de la experiencia intelectual. Estos derechos tienen tanta más aplicación en la actualidad, cuando los medios tecnológicos permiten la comunicación universal en tiempo casi real y con costos bastante bajos, si tomamos como parámetro las comunicaciones existentes sólo pocos años atrás.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos trae la siguiente disposición:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19.-

[...]

2.- Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

El apartado 2 de este artículo 19 ratifica lo ya visto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en referencia a que el derecho que comentamos supone tanto difundir como buscar y recibir informaciones e ideas. Vuelve a aparecer la referencia a la no limitación de fronteras para la actividad intelectual.

En el apartado 3, se hace un trabajo más extenso que en los otros instrumentos internacionales, e inclusive que en nuestra Constitución, sobre la responsabilidad que supone la libertad de expresión y opinión. También anuncia las restricciones que pueden imponerse, las que deberán ser ineludiblemente fijadas por ley y se referirán la protección de los derechos y la reputación de terceros, que son derechos del mismo rango y valor; y que también podrán estar vinculadas a la protección de la seguridad y el orden públicos, con el detalle que se indica en el subapartado b) del texto.

La Declaración Americana, en una versión más escueta, hace hincapié nuevamente en la libertad de recibir y expresar el pensamiento:

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo IV.- Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.-

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2.- El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3.- No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4.- Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5.- Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional».

Los apartados primero y segundo de la Convención Americana son muy similares a los del Pacto Internacional, pero aquí se hace un énfasis importante en la imposibilidad de la censura previa y, en todo caso, en la responsabilidad posterior. También es fundamental el apartado tercero, no existente en los otros instrumentos internacionales, que prohibe la restricción del derecho de expresión por vías indirectas. Estas suelen ser utilizadas por los gobiernos bajo forma de abuso de autoridad, especialmente cuando los controles democráticos o institucionales son débiles o no existen. En este sentido, será muy importante que las reglas de asignación de recursos e insumos estén claramente establecidas en las leyes, y que los procedimientos para tal asignación sean conocidos y eficientes. La legalidad de estos aspectos será un apoyo fundamental para evitar el abuso contra las libertades de opinión y expresión.

La Convención prohíbe también la censura indiscriminada de espectáculos públicos, cosa que autorizó nuestro sistema constitucional anteriormente como se puede ver de los antecedentes consignados. Sin em-

bargo, se permite establecer restricciones de acceso a ellos para la infancia y adolescencia como una vía de protección moral a su formación. Finalmente, se somete a los espectáculos públicos a las reglas de responsabilidad posteriormente determinada, cuando afecten los derechos o la reputación de las personas, o cuando vayan contra la seguridad y el orden público. Las reglas son mesuradas y correctas desde nuestro punto de vista.

La prohibición de propaganda contraria a los derechos humanos ha sido ya vista a propósito del comentario de artículos anteriores, pero su vinculación con las libertades de opinión y expresión es totalmente correcta.

Finalmente, la Convención sobre los derechos del niño establece su derecho de acceso a información de diversas fuentes que, sin duda alguna, constituye un aporte fundamental a su proceso de socialización y, también, al desarrollo de sus capacidades intelectuales. Dice la norma:

«Convención sobre los derechos del niño, artículo 17.- Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental [...]».

Como en otros casos, estimamos aquí también que las reglas aportadas por todos estos instrumentos internacionales pueden ser defendidas mediante las garantías constitucionales establecidas en la Constitución Política del Estado.

De la revisión, destacan a nuestro juicio las siguientes características del derecho que comentamos.

Existe una estrecha vinculación entre la libertad de conciencia y la posibilidad de expresarla. En realidad, son dos aspectos que para el Derecho constituyen dos caras de la misma moneda aún cuando mantienen una relativa independencia entre sí. O'Donnell cita una opinión importante al respecto:

La Corte Interamericana emitió una opinión sobre la libertad de expresión, en respuesta a una consulta presentada por un gobierno sobre la compatibilidad con la Convención de ciertos requisitos legales que sólo permitían el ejercicio de la profesión de periodista a los miembros de un determinado colegio profesional, y otras disposiciones gremiales que restringían el ingreso a dicho colegio. En esa opinión, la Corte hizo un análisis del contenido de la libertad de expresión que trascendió las cuestiones concretas presentadas en la consulta, y que en su parte pertinente expresan:

«En su dimensión individual, la libertad de opinión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho de hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas por cualquier... procedimiento, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción a las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. De allí la importancia del régimen legal aplicable a la prensa y al status de quienes se dediquen profesionalmente a ella.

En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos"(117).

Este derecho se halla premunido de atribuciones no sólo para expresar sino también para recibir información y estos derechos se ejercitan sin limitación de fronteras. El aspecto de recibir información es tan importante como el de darla, para la actividad que se busca proteger. Dice O'Donnell:

---

(117) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 249.

Los instrumentos internacionales señalan que la libertad de expresión comprende dos corolarios de profundo significado, a saber: los derechos de buscar y de recibir información, denominados a veces, por conveniencia, «libertad de investigación». La Declaración Universal declara expresamente en su Artículo 19 que la libertad de opinión y de expresión incluyen el derecho de «investigar y recibir informaciones y opiniones.. sin limitación de fronteras». La Declaración Americana reconoce la libertad de investigación, además de la opinión y de expresión, sin entrar en detalles sobre su contenido o alcance. Tanto el Pacto Internacional como la Convención Americana describen esos derechos en términos sumamente amplios, extendiéndolos tanto a las ideas como a la información «de toda índole», y reconociendo expresamente que este derecho puede ejercerse «sin consideración de fronteras» (118).

No debe haber censura previa, pero sí existe responsabilidad posterior por el abuso del derecho. Sobre este aspecto, sin embargo, O'Donnell cita un caso que va contra corriente y que es interesante. Se trata del comentario que hace a propósito de una decisión de la Sociedad Finlandesa de Radiodifusión considerando que la radio y la televisión no eran foros apropiados para debatir la homosexualidad, y que llegó a consideración del Comité de Derechos Humanos. El Comité no objetó la decisión del organismo finlandés:

Sobre la licitud de esa restricción, según los criterios consagrados en el Artículo 10(3), el Comité hizo el análisis siguiente:

«Cabe señalar en primer lugar que la moral pública difiere ampliamente. No hay una norma común de aplicación universal. Por consiguiente, hay que conceder un cierto margen de discreción a las autoridades nacionales pertinentes.

El Comité opina que no puede cuestionar la decisión de los órganos responsables de la Sociedad Finlandesa de Radiodifusión

---

(118) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 257.

en el sentido de que la radio y la televisión no son los foros apropiados para debatir cuestiones relativas a la homosexualidad, en la medida de que pueda juzgarse que un programa fomenta la conducta homosexual... En el caso de programas de radio y televisión, no es posible ejercer control sobre el público. En particular, no pueden excluirse efectos perniciosos sobre menores de edad (119).

En este caso, no se desautorizó la prohibición de emisión del programa por el efecto que podría tener en los jóvenes. El caso se asemeja a la posibilidad de restringir el ingreso de menores a ciertos espectáculos públicos aunque no es exactamente la situación.

La libertad de opinión y expresión no es un derecho ilimitado. Tiene que conformarse al respeto de los derechos y de la buena reputación de los demás, y a la seguridad y orden público. Siempre, como dicen los textos, estas limitaciones deberán haber sido expresa y previamente establecidas por ley. Desde luego, se podrá reclamar de ellas ante la justicia nacional e internacional por las presuntas violaciones que se lleven a cabo.

Un límite a la libertad de expresión y de opinión que hemos visto expresamente establecido en instrumentos internacionales, es el que prohiíbe la propaganda de la guerra, de la violencia o de cualquier forma contraria a los derechos humanos:

La libertad de expresión está estrechamente vinculada a otras disposiciones de los instrumentos de Derechos Humanos. Además de las limitaciones permitidas por los artículos 19(3) del Pacto Internacional y 13(2) de la Convención Americana, ambos instrumentos obligan a los Estados Partes a reprimir la propaganda bélica, así como la apología del odio nacional, racial o religioso que excite a la violencia o a la discriminación. La Declaración Universal contiene una obligación análoga y algo más amplia en su artículo 7. Dicha obligación de los Estados, conjuntamente con el principio

---

(119) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 252.

básico consagrado por el artículo 5(1) del Pacto Internacional, según el cual ninguna disposición del mismo puede servir para justificar actos que tiendan a destruir los derechos humanos, ha servido para declarar inadmisibles denuncias de supuestas violaciones de la libertad de expresión sometidas al Comité, en especial sobre propaganda racista" (120).

Finalmente, un asunto interesante también planteado por O'Donnell a propósito de una resolución de la Corte Interamericana es el tema de si se puede restringir el acceso de las personas al ejercicio del periodismo, tema sobre el que ya vimos referencia en una de las citas anteriores. La Corte Interamericana dijo al respecto:

> Sobre los aspectos concretos de la consulta, la Corte opinó que «el ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión; por el contrario, ambas cosas están evidentemente embricadas, pues el periodista no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado». Consecuentemente, la restricción al ejercicio de la profesión a miembros del Colegio sólo sería compatible con la Convención Americana si estuviese justificada según las disposiciones sobre restricciones contenidas en el artículo 13(2) (121).

Y en relación a otras restricciones impuestas al periodismo como profesión señaló:

> Frente al argumento que las restricciones impuestas al ejercicio de la profesión de periodismo tienen objetivos legítimos, la Corte subrayó lo siguiente:
>
> «De ninguna manera podrían invocarse el «orden público» o el «bien común» como medios para suprimir un derecho garantiza-

---

(120) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 256.

(121) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 250.

do por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de su contenido real. Estos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las «justas exigencias» de «una sociedad democrática» que tenga en la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención [...]». Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse» (122).

Los argumentos de la Corte Interamericana nos llevan a las siguientes conclusiones de aplicación, que son muy importantes para el acervo de detalles del derecho de libre opinión y expresión:

- La vinculación entre el ejercicio de la función de periodista y el derecho de expresión y opinión es estrecha. En realidad es el derecho señalado el que fundamenta la actuación del periodista. Para estos efectos, no tiene relevancia que el periodista ejerza tal actividad ocasionalmente o como profesión. Ambos están amparados igualmente en el ejercicio de sus derechos.
- El orden público en un sistema democrático, supone en sus niveles más primarios la necesidad de expresarse, opinar y compartir opiniones. Inclusive requiere que la disidencia sea también expresada. Por consiguiente es inaceptable proscribir estas libertades en base a argumentos como el *orden público* o el *bien común*.
- Las limitaciones al derecho de opinión y expresión pueden ser establecidas solamente a *posteriori* y en virtud de situaciones específicamente previstas en la ley, dentro de las cuales se haya afectado derechos o buena reputación de personas, o la seguridad nacional y

---

(122) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 291.

el orden público de alguna de las formas en que queda establecido en el apartado 2 del artículo 13 de la Convención Americana.

Estos criterios interpretativos de la Corte Interamericana pueden ser utilizados internamente como argumentos jurídico-constitucionales válidos y, para su defensa, puede bien utilizarse las garantías constitucionales establecidas en el Perú.

La Constitución peruana añade a este tratamiento del derecho de opinión y difusión, en la parte final del inciso, que "Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación". Esto equivale a decir que porque cada uno de nosotros tiene derecho de informar y opinar, también tiene el derecho de fundar medios de comunicación. La norma es positiva en sí misma por las posibilidades que abre. En la realidad, sin embargo, formar un medio de comunicación y sobre todo mantenerlo, no es solo un ejercicio de opinión e información. También se necesita capital y, según la forma en que está diseñado el financiamiento de la prensa hablada y escrita en el Perú, también se necesitará el apoyo de quienes colocan publicidad.

8.2. Los aspectos penales

El segundo párrafo del inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, establece que los delitos cometidos en la difusión del pensamiento por diversos medios en su texto establecidos, se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Esta es una garantía en dos sentidos. El primero, que no se pretenda sancionar la opinión sin que exista ley previa que la tipifique delictivamente. No es sino una aplicación de los principios de no hay delito sin ley y no hay pena sin ley, reconocidos en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la propia Constitución. Es una especificación importante para el caso de la expresión y la opinión, porque es un derecho políticamente muy sensible y que quienes ejercen el poder político, suelen tratar de restringir. No fue extraño ver en el Perú que las leyes de emergencia establecieran restricciones arbitrarias a la libertad de expresión, particularmente en las décadas del treinta y del cuarenta. Por estas razones, tanto desde el punto de vista teórico como de la experiencia histórica, la medida es a todas luces correcta.

El Código Penal contiene efectivamente estas figuras. Las principales son las siguientes:

- El delito de difamación establecido en el artículo 132.
- El delito de publicidad indebida de correspondencia, contenido en el artículo 164.
- Los delitos contra los derechos de autor considerados en los artículos 216 y 219.
- El delito de reproducción no autorizada de modelos o diseños industriales registrados, contenido en el artículo 223.
- El delito de ofensa y ultraje a los símbolos y valores de la patria, contenido en el artículo 344.

Complemento indispensable de estas disposiciones, es la asunción de competencia por los tribunales ordinarios, desde que son ellos los que aplican el Código Penal. Además, de esta manera establece la jurisdicción predeterminada de que habla el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, con lo cual no puede desviarse luego a otra autoridad la realización del proceso.

Un problema que tiene importancia en el Perú por las reiteradas veces que ocurre es aquel en el que oficiales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional retirados, que hacen declaraciones públicas de opinión, son luego procesados ante el Fuero Militar. Dice Enrique Bernales:

> Según la norma que dice que estos delitos se juzgan en el fuero común, resulta interesante revisar el caso reciente de los generales r. Carlos Mauricio y Walter Ledesma y del Capitán de Navío r. Luis Mellet, juzgados en el fuero militar por expresar comentarios en torno a la conducción militar en el conflicto con el Ecuador. Ciertamente, ninguno de estos militares en situación de retiro cometió delito alguno. Pero el abuso fue doblemente inconstitucional, porque no existiendo delito se les sometió a la acción de la justicia militar que, como sostenemos líneas arriba, no era competente para procesarlos; pero además y sustantivamente, porque la opinión es en sí misma libre.
>
> Los tribunales castrenses no pueden juzgar a los militares en situación de retiro por dos razones elementales. En primer lugar, porque al no formar parte activa de los respectivos institutos, no

cumplen ninguna función castrense y su conducta y actos no se encuadran en los supuestos que configuran el delito de función, deviniendo el Código de Justicia Militar, para este caso, en inaplicable. La segunda razón es que estos oficiales, al terminar el ejercicio activo de su carrera, recuperan plenamente la condición de civiles (123).

Entre el momento que apareció el libro que citamos y el momento de escribir estas líneas, un nuevo caso hizo noticia a fines del año 1996: se trató de la acción interpuesta contra el General Robles ante el Fuero Militar por razones similares a las anteriores aunque, esta vez, se trataba de sus opiniones sobre los grupos de terrorismo de Estado existentes. A fines de noviembre de 1996 se produjo un sorpresivo y violento operativo que, aparentemente, era la ejecución de una orden de detención. La operación no tuvo la precisión y sorpresa que buscaban sus realizadores y, a raíz de ello, se produjo una reacción en contra de la medida. El Defensor del Pueblo abogó por los derechos del General Robles y obtuvo una inmoderada respuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar, con un tono y unas apreciaciones que ni figuran entre las atribuciones que tiene dicho Consejo por ley para realizar, ni tampoco entre las reglas de buena conducta democrática e institucional. El incidente concluyó en que el Presidente de la República consideró que había habido excesos contra el General Robles (cuya conducta, sin embargo, increpó) y luego de algunos días se dictó una amnistía legislativa amplia que concluyó con el incidente.

Sin embargo, el problema del juzgamiento de militares retirados por sus opiniones ante los tribunales militares permanece vigente y, ante él, nosotros compartimos plenamente la opinión expresada por Enrique Bernales: los militares en retiro que emiten opinión no cometen en absoluto delito de función (que es el que habilita la competencia de los tribunales militares según el artículo 173 de la Constitución) y sólo pueden ser juzgados por tribunales comunes en base al Código Penal. Esto es lo que de manera indiscutible, manda la disposición constitucional que comentamos.

---

(123) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, pp. 99-100.

En lo que respecta al último párrafo del inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, se establece que es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Hay, aquí, que diferenciar dos asuntos en nuestra opinión: uno es el de política legislativa y consiste en determinar constitucionalmente que sea delictiva la acción de impedir la circulación de los órganos periodísticos. Esta es una decisión que se halla perfectamente dentro de la esfera del constituyente y que es totalmente válida. Lo otro, sin embargo, es el problema técnico de tipificar la acción delictiva. En esto el constituyente debería dejar la labor al Código Penal. No lo ha hecho estrictamente así y, por ello, merece crítica. La disposición debería establecer algo así como lo siguiente: "La ley penal tipificará como delito las acciones que suspendan, clausuren o impidan la libre circulación de los órganos de expresión". En este caso, la Constitución dejaría en claro que no pretende tipificar ella misma, sino dar una orden al legislador, lo que sí es técnicamente correcto.

Siguiendo una mejor técnica legislativa, el Código Penal ha recogido el tipo que aquí comentamos en su artículo 169 que dice:

"Código Penal, artículo 169.- El funcionario público que, abusando de su cargo, suspende o clausura algún medio de comunicación social o impide su circulación o difusión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2".

De esta manera, se ha restringido la sanción penal al funcionario público que realiza la acción abusando de su cargo y no queda extendida a todo aquel que, de alguna u otra forma, pueda impedir la circulación de medios de comunicación, como de una lectura extensiva podría desprenderse del texto constitucional.

También se ha corregido una imprecisión notable del constituyente pues éste habla de toda acción que impida circular libremente a los órganos de expresión. Es obvio que no está contemplada aquí la situación de las transmisiones de radio y televisión, que no *circulan* en el estricto sentido de la palabra. Ante estas constataciones, el Código Penal habla de impedir "su circulación o difusión", lo que sí hace esta necesaria inclusión.

9. Artículo 2 inciso 5

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.*
>
> *El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. [...]».*

Antecedentes constitucionales

El inciso ha sido establecido por la Constitución de 1993 y no tiene antecedente en las Constituciones previas.

Análisis exegético

Sobre el origen y características de aprobación de este, dice Chirinos Soto:

> Esta libertad que podría describirse como la libertad de informarse, resulta novedad en el texto constitucional. Fue propuesta de la mayoría que, para establecerla, y establecer el hábeas Data, como garantía constitucional para exigir información, se inspiró principalmente en la reciente Constitución del Brasil. Las personas tienen, en efecto, el derecho de informarse en cualquier entidad pública; pero el costo será asumido por la persona que formule el pedido. Se habla de plazo legal que habrá de señalar la respectiva ley de desarrollo constitucional.

Se exceptúan la información que afecte la intimidad personal (derecho protegido también en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución) y la que se excluya por ley o, muy vagamente, «por razones de seguridad nacional». Esta excepción ha sido redactada en términos tan latos, que resulta gravemente debilitado el principio del derecho a informarse (124).

Algunos aspectos son importantes de destacar. El primero que efectivamente esta norma está emparentada con la libertad (y consiguientemente el derecho) de informarse. En este sentido, se halla estrechamente vinculada al derecho del inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, en la medida que en ella ya se considera un derecho extenso a informarse según vimos de los documentos internacionales pertinentes. Lo que se regula en este inciso es la obligatoriedad de suministro de información por las entidades públicas. Como resulta claro de lo que venimos diciendo, el derecho de información no se agota allí y se extiende a la posibilidad de utilizar todas las fuentes disponibles como indicaba el inciso precedente.

Las personas tienen mediante el inciso 5 del artículo 2 el derecho de solicitar y recibir información sin expresión de causa de cualquier entidad pública. Nótese que el derecho no es solo a solicitar (para el cual bastaría el derecho de petición establecido en el inciso 20 del mismo artículo) sino también a recibir la información. La obligatoriedad de suministrarla corresponde exclusivamente a las entidades públicas, no a las privadas que rigen su actuación por otros principios. En este inciso se está hablando de entidades que tienen como finalidad central el servicio a las personas, razón más que suficiente para que se les imponga la obligación de informar. Para los efectos de este artículo entidad pública será toda entidad del Estado (gobierno central, gobiernos regionales y locales) y cualquier otra entidad con personería de derecho público del Estado peruano (empresas públicas, instituciones descentralizadas, superintendencias, Consejos, comisiones diversas, etc.).

Deberán establecerse un plazo razonable para que la información sea acopiada y entregada (lo que variará según el volumen de informa-

---

(124) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993.* Lima. Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 27.

ción que se requiera) y también las tasas por la entrega de la información. Para que este derecho pueda ser efectivamente garantizado, plazos y tasas deberán estar predeterminados en normas formales que den publicidad a las reglas de juego. De otra manera, será muy fácil que extendiendo demasiado el plazo, o cobrando cantidades inmanejables, se burle la obligatoriedad de esta norma constitucional.

Están exceptuadas de la obligación de entrega, las informaciones que afecten la intimidad personal y las que se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. A esto viene adecuadamente ajustada la crítica que hace la parte final de la cita antes transcrita de Chirinos Soto: los términos de la excepción son tan vagos, que puede entrar todo en ella. Por lo tanto, es indispensable por coherencia del sistema normativo, que se dicte una ley (tendría que tener ese rango el dispositivo) en la cual se establezca claramente los límites de manera que el funcionario no pueda recortar arbitrariamente este derecho negando información en base a su simple discrecionalidad. Entendemos, por la naturaleza del derecho involucrado y por todo lo señalado a propósito del inciso precedente, que estas limitaciones al acceso a la información serán pocas y verdaderamente la excepción. De otra manera, se burlaría seriamente el mandato constitucional.

La violación de este derecho, según texto expreso de la Constitución en su artículo 200 inciso 3, debe ser enfrentada mediante la interposición del Hábeas Data.

El inciso concluye con un segundo párrafo que ha merecido la siguiente crítica de Chirinos Soto:

"Asimismo, se dispone, peligrosamente a mi juicio, que el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido no sólo del juez o del Fiscal de la Nación sino de una Comisión Investigadora del Congreso" (125).

---

(125) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993.* Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 27.

Esta regla es completamente asistemática dentro de la constitución porque aquí estamos refiriéndonos a los derechos fundamentales de la persona y hablando expresamente del derecho de información. No se trata de establecer atribuciones y competencias de instituciones públicas. En todo caso, si lo que se quería era proteger el secreto bancario y la reserva tributaria, se debería haber declarado expresamente esos derechos en el rango constitucional y luego recién se debería haber hecho la excepción del caso. El lugar más apropiado era el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución.

En cualquier caso, el párrafo segundo de este inciso guarda necesaria concordancia con el inciso 10 del artículo 2 y con el artículo 97, ambos de la Constitución. Esta concordancia es muy importante porque de ella puede desprenderse que, en todos los casos en que es posible levantar la reserva bancaria o tributaria, se deberá observar las siguientes reglas:

- Se deberá guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen (artículo 2 inciso 10 de la Constitución).
- Sólo se podrá tomar la información referente al caso investigado (artículo 2 inciso 5 de la Constitución).
- No se deberá tomar la información que afecte la intimidad personal (artículo 97 de la Constitución).

La dispersión de todas estas seguridades en los tres artículos mencionados, indica claramente la poca técnica utilizada para tratar un tema tan importante en el contexto de los derechos constitucionales, y anuncia la necesidad de modificar el texto dándole un tratamiento coherente y sistemático en esta materia.

Por tratarse de una disposición que restringe el derecho al secreto de la información referida a la persona, la norma deberá siempre interpretarse restrictivamente y sobre ella no caben ni la analogía ni la interpretación extensiva. Fundamos este razonamiento en el principio establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que dice:

"Código Civil, título preliminar, artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía" (126).

La ley 26702 del 06 de diciembre de 1996, denominada Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, trae las normas de desarrollo constitucional del secreto bancario. Por su importancia las transcribimos:

"Ley 26702, artículo 140.- Es prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de éstos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143.

También se encuentran obligados a observar el secreto bancario:

1. El Superintendente y los trabajadores de la Superintendencia, salvo que se trate de la información respecto a los titulares de las cuentas corrientes cerradas por el giro de cheques sin provisión de fondos.

2. Los directores y trabajadores del Banco Central.

3. Los directores y trabajadores de las sociedades de auditoría y de las empresas clasificadoras de riesgo.

No rige esta norma tratándose de los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos al Fiscal de la Nación. Al efecto, las empresas deben aplicar la exigencia internacional de «conocer a su cliente».

---

(126) Sobre este tema, en el capítulo IV de nuestro trabajo *Título Preliminar*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988 (hay ediciones posteriores), hemos indicado las razones por las cuales sostenemos que en toda norma de restricción de derechos o de imposición de sanciones, la interpretación tiene que ser restrictiva y no sólo *no analógica* como dice el texto de este artículo.

No incurren en responsabilidad legal, la empresa y/o sus trabajadores que, en cumplimiento de la obligación contenida en el presente artículo, hagan de conocimiento del Fiscal de la Nación, movimientos o transacciones sospechosas que, por su naturaleza, puedan ocultar operaciones de lavado de dinero. La autoridad correspondiente inicia las investigaciones necesarias y en ningún caso, dicha comunicación puede ser fundamento para la interposición de acciones civiles, penales e indemnizatorias contra la empresa y/o sus funcionarios.

Tampoco incurren en responsabilidad quienes se abstengan de proporcionar información sujeta al secreto bancario a personas distintas a las referidas en el artículo 143. Las autoridades que persistan en requerirla quedan incursas en el delito de abuso de autoridad tipificado en el artículo 376 del Código Penal".

"Ley 26702, artículo 141.- Sin perjuicio de la responsabilidad penal que señala el artículo 165 del Código de la materia, la infracción a las disposiciones de este capítulo se considera falta grave para efectos laborales y, cuando ello no fuere el caso, se sanciona con multa".

"Ley 26702, Artículo 142.- El secreto bancario no impide el suministro de información de carácter global, particularmente en los siguientes casos:

1. Cuando sea proporcionada por la Superintendencia al Banco Central y a las empresas del sistema financiero para:

i. Usos estadísticos.

ii. La formulación de la política monetaria y su seguimiento.

2. Cuando se suministre a bancos e instituciones financieras del exterior con los que se mantenga corresponsalía o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza.

3. Cuando la solicitan las sociedades de auditoría a que se refiere el numeral 1 del artículo 134 o firmas especializadas en la clasificación de riesgo.

4. Cuando lo requieran personas interesadas en la adquisición de no menos del treinta por ciento (30%) del capital accionario de la empresa.

No constituye violación del secreto bancario, la divulgación de información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa".

"Ley 26702, artículo 143.- El secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por:

1. Los jueces y tribunales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso determinado, en el que sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud.

2. El Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administren o hayan administrado recursos del Estado o de organismos a los que éste otorga soporte económico.

3. El Fiscal de la Nación o el gobierno de un país con el que se tenga celebrado convenio para combatir, reprimir y sancionar el tráfico ilícito de drogas o el terrorismo, o en general, tratándose de movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos, con referencia a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas presuntamente implicadas en esas actividades delictivas o que se encuentren sometidas a investigación bajo sospecha de alcanzarles responsabilidad en ellas.

4. El Presidente de una Comisión Investigadora del Poder Legislativo, con acuerdo de la Comisión de que se trate y en relación con hechos que comprometan el interés público.

5. El Superintendente, en el ejercicio de sus funciones de supervisión.

En los casos de los numerales 2, 3 y 4, el pedido de información se canaliza a través de la Superintendencia.

Quienes accedan a información secreta en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, están obligados a mantenerla con dicho carácter en tanto ésta no resulte incompatible con el interés público".

De estas normas, que en general se explican por sí mismas, es de destacar lo siguiente:

- Todos los funcionarios públicos y privados que podrían afectar el secreto bancario, están adecuadamente involucrados en guardarlo, con sanciones para el caso de incumplimiento.
- La información no está sometida al secreto bancario en los casos de uso estadístico y de formulación de política monetaria; tampoco en los casos de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 142.
- Los jueces y tribunales pueden levantar el secreto bancario con específica referencia a un proceso determinado y en ejercicio de sus funciones.
- El Fiscal de la Nación puede levantar el secreto bancario cuando investiga enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos o de quienes administran recursos del Estado.
- El Fiscal de la Nación cuando se trata de investigaciones sobre tráfico de drogas.
- El Presidente de una Comisión investigadora sólo en relación con hechos que comprometan el interés público, previo acuerdo de la comisión.
- El Superintendente de Banca y Seguros en ejercicio de sus funciones.

Estas disposiciones han restringido correctamente en nuestro juicio, el abanico de posibilidades que teóricamente era mucho mayor en las palabras de la Constitución.

Sólo encontramos una norma criticable entre las que hemos transcrito de la Ley 26702: la parte final del artículo 143 obliga a mantener el secreto en tanto dicha información secreta no resulte incompatible con el interés público. ¿A quién corresponde determinar cuando tal incompatibilidad aparece? ¿Qué sanciones habrá para quienes divulguen equivocadamente la información por este motivo? Consideramos que la ley debería haber sido más precisa en la determinación de los criterios con los cuales debe medirse la pertinencia o no de la información solicitada al caso. Por lo demás, la vía para discutir y definir el tema es el Hábeas Data, probablemente, con derecho en este caso a una medida cautelar que proteja hasta la resolución definitiva del proceso para evitar daños irremediables.

En lo que se refiere a la reserva tributaria, la norma vigente para lo que ahora comentamos está en el artículo 85 del Código Tributario:

"Código Tributario aprobado por Decreto Legislativo 816, artículo 85.- Reserva tributaria

Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros.

Los órganos de la Administración Tributaria podrán intercambiar, entre sí, la información reservada que requieran para el cumplimiento de sus fines propios, previa solicitud del jefe del órgano solicitante, y bajo su responsabilidad.

Están exceptuados de la reserva tributaria:

a) Las exhibiciones de documentos y declaraciones que ordene el Poder Judicial en los procedimientos sobre tributos, alimentos, disolución de la sociedad conyugal o en los procesos penales; el Fiscal de la Nación en los casos de presunción de delito; y la Comisión de Fiscalización o de las Comisiones Investigadoras del Congreso, con acuerdo de la comisión respectiva, con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

[...]".

Como vemos, la norma responde en este caso al texto del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución de manera textual. También habrá protección mediante Hábeas Data, con recurso a una medida cautelar si puede hacerse irremediable el daño, para discutir si la información solicitada se refiere al caso investigado.

10. Artículo 2 inciso 6

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.[...]».

Antecedentes constitucionales

Como el inciso anterior, éste tampoco tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La norma constitucional no tiene antecedentes ni en nuestras Constituciones, ni en los tratados sobre derechos humanos de los que Perú es parte. Esto se debe a la novedad de la problemática que trata: el inmenso poder de los mecanismos de registro y distribución de información sobre todo lo imaginable, entre ello, sobre las personas.

Aunque el texto constitucional se refiere a servicios informáticos computarizados o no, el verdadero problema aparece cuando las computadoras dejan de ser enormes aparatos complicados y tan caros que sólo los pueden adquirir determinadas oficinas del Estado y grandes compañías, para pasar a ser un instrumento habitual en el escritorio de cualquier persona con una mínima capacidad de ahorro.

Ya desde mediados de los años ochenta, se cuenta con máquinas personales (y más grandes también desde luego), capaces de guardar ingente información sobre miles de sujetos, con costos relativamente bajos de archivo y mantenimiento, y con potentes programas de recuperación que, bajo forma de bases de datos, permiten no sólo volver a ver, sino entrecruzar la información acumulada.

Hoy se puede decir que cualquier ser humano puede acumular, sin

mayor esfuerzo, un conocimiento detallado sobre cientos (si no miles) de otros seres humanos en sus horas libres. Con cuanta mayor razón no acumulará información sobre ellos alguien que se especialice en la tarea o que, inclusive, la vea como un negocio potencial: acumula información y luego la vende como servicio.

Se presenta así una situación paradojal: el Derecho tradicional, formalmente hablando, pareciera que puede regular estas nuevas situaciones con sus viejas herramientas: existen derechos, existen deberes, existen zonas de libertad de acción, y existen los mecanismos de protección que permiten defender las propias posiciones. Sin embargo las posibilidades de manejo de información son tan grandes, que da la impresión de que se trata de una pelea desigual: las normas existentes son muy poco flexibles y muy cortas para lograr poner bajo control un poder informático que se le desborda por todas partes, porque tiene una fuerza inmensamente mayor que aquella que vieron quienes diseñaron las normas existentes no hace mucho tiempo atrás. Sagües ha planteado el problema de manera interesante:

> El productor, el gestor y el distribuidor cuentan con derechos constitucionales que amparan su labor. Cualquier Constitución dispone de un arsenal tradicional de derechos que de modo directo o mediato sirven para tutelar esas tareas: por ejemplo, los derechos de trabajar y ejercer el comercio, la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, de propiedad (incluyendo los derechos a la propiedad intelectual y, en términos generales, los «derechos intelectuales»), intimidad, etc.
>
> Existe, en síntesis, un «derecho informático», de base constitucional, que da pie a las actividades reseñadas.
>
> El problema que evidencia la última parte del siglo XX [...] La capacidad de registro de las computadoras, las rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder ser tanto de poder económico («la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa») como de poder político (ya que conocer minuciosamente la

vida de los demás permite, en buena medida, regular, controlar y vigilar su comportamiento)" (127).

Estamos ante uno de los dramas tradicionales del Derecho: un grupo social acumula una cantidad excesiva de poder en sus manos y, con ella, trata de someter a los demás. Por consiguiente, de lo que se trata es de poner una tasa a ese poder, de regularlo y, si es necesario, recortarlo hasta límites razonables para que la sociedad pueda retomar su calidad de agrupación de iguales entre sí que es la base de la organización contemporánea en base a ciudadanos.

El problema nuevo que presenta la informática, en relación a retos similares que tuvo el Derecho en el pasado, consiste en que antes la acumulación de poder significativo era indiscutiblemente social y, a la larga, político. Hoy no: con una computadora de costo módico, cualquier persona particular puede acumular inmenso poder de información sobre todos aquellos que lo rodean, sin que éstos puedan impedir ni la acumulación, ni el uso posterior de la información por vías razonables: para registrar los datos actualmente, no hay que llenar formularios ni pedir citas. Basta informarse, enterarse y la computadora hará buena parte del resto si es que quien la maneja tiene una destreza moderada (no digamos ya de alta calificación). En otras palabras, el conflicto de poder se presenta actualmente en el ámbito privado en el que tradicionalmente reinó el principio de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Establecer regulaciones en el ámbito privado a las formas subrepticias que el individuo puede utilizar para manipular información sobre los demás no sólo es muy difícil sino que lleva al riesgo de establecer un sistema policíaco sobre la vida privada de todos, bajo el argumento de que estamos buscando proteger sus derechos.

¿Cuál es este conflicto entre la acumulación de información y los derechos? También Sagües hace importantes reflexiones al respecto:

Precisamente, el «derecho informático» (y sobre todo, el «po-

---

(127) SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas Data: su desarrollo constitucional.* VARIOS AUTORES. *Lecturas constitucionales andinas 3.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 88.

der informático») pueden entrar en colisión con los derechos constitucionales de las personas registradas.

Un primer nivel de conflicto ocurre con el derecho a la privacidad: ¿es legítimo que un banco de datos acumule información sobre, por ejemplo, la conducta sexual de un individuo? ¿es bueno que archive detalles sobre qué hace y qué no hace en su domicilio? ¿que puntualice si se embriaga o consume drogas en su casa de veraneo?

Otro frente polémico aparece con el derecho a la libertad de cultos: ¿es conveniente que una base de datos explore la religión que práctica una persona? Con relación al derecho de igualdad, pueden suscitarse los mismos interrogantes si el banco de datos acumula noticias sobre el color de un habitante, ya que ello puede generar posteriormente actitudes discriminatorias. Al mismo tiempo, las anotaciones respecto a las inclinaciones políticas, filiación ideológica, compromisos sindicales, etc., pueden fomentar tratos discriminatorios o perjudicar el libre ejercicio de los derechos políticos y gremiales.

A su turno, es factible observar que el registro de ciertos datos puede ser perfectamente aceptable, pero no así su divulgación a terceros. Tal sería el caso, v.gr. de ciertos movimientos contables cuyo conocimiento es comprensible para un ente oficial de recaudación impositiva (para determinar, por ejemplo, si la empresa del caso ha tributado bien o mal), pero que su transmisión a una empresa rival importaría quebrar las reglas habituales de discreción y competencia mercantil, en perjuicio para la corporación «desnuda» (128).

A partir de aquí aparecen los problemas de diseño de nuevas normas que, teniendo dimensión y flexibilidad suficiente para abordar e intentar contener estos nuevos poderes privados de unos sobre otros, al

---

(128) SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas Data: su desarrollo constitucional.* VARIOS AUTORES. Lecturas constitucionales andinas 3. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 89.

mismo tiempo tengan la prudencia de no tiranizar todos los aspectos de la vida privada de las personas.

Morales Godo (129) nos da noticia de ciertos esfuerzos que tienen originalidad e importancia:

> Principios básicos para una legislación de protección de datos.
>
> En la década del 70 se sancionaron leyes en distintos países, basadas en los eventos internacionales que se realizaron y en las experiencias acumuladas. DILDA BATTO, en un análisis comparativo de las diversas legislaciones resumió los siguientes principios que las estructuran y que pueden servir de pauta para futuras legislaciones:
>
> Principio de la justificación social. La recolección de datos deberá tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables. El art. 1 de la ley francesa señala: «La informática deberá estar al servicio cada ciudadano. Su desarrollo deberá tener lugar dentro del marco de cooperación internacional. No deberá atentar a la dignidad humana ni a los derechos del hombre ni a la vida privada ni a las libertades individuales o públicas». Este artículo se explica por sí solo, y traduce el principio en comentario que permite el uso equilibrado y razonable de la informática en razón a los intereses del propio ser humano, nunca en contra de él [...].

La idea de establecer una justificación social para la recolección de datos es procedente, y puede ser verificada con más o menos eficacia en el sector público y entre las personas de derecho privado que formalmente se dediquen a obtener, registrar y difundir información. En la medida

---

(129) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Grijley, 1995, p. 235. (El texto que citamos aquí es bastante largo y contiene mucha información. Por ello, hacemos la referencia aquí, al principio, e iremos entrecortando las ideas que aporta Morales Godo, para así intercalar nuestros comentarios párrafo a párrafo).

en que sus bases de datos pueden ser vigiladas por una superintendencia o la institución que haga sus veces, es razonable pensar que el requisito pueda ser cumplido. Sin embargo, las bases de datos clandestinas, o las que se recolecten informalmente, escaparán a este control y podrá no cumplirse la justificación social. Sanciones graves para estos casos sólo podrán atenuar el problema muy ligeramente. Lo más probable es que estas bases de datos clandestinas no sean ubicadas nunca. También es cierto, sin embargo, que en la medida en que empiecen a hacer circular información entre terceros (que es verdaderamente el problema que se debe controlar), serán más vulnerables a la detección. En todo caso, la justificación social de la que hablamos para mantener la información, es útil en un cierto grado, pero presenta problemas de aplicación concreta en otro.

> [...] b) Principio de limitación de la recolección. Existen una serie de datos cuya recolección debe prohibirse, salvo excepciones justificadas, como por ejemplo datos referentes a la raza, religión salud, costumbres sexuales, opiniones políticas, uso de estupefacientes, etc.
>
> Fuera de estos datos sensibles, la recolección de otros datos debe ser con autorización, conocimiento y consentimiento del interesado y deberá limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido con la recolección. La ley francesa y austríaca exigen una habilitación legal para la recolección de cualquier tipo de datos personales [...].

Sagües añade ideas respecto de esta posibilidad que vale la pena transcribir:

La compatibilización entre el «derecho informático» y los otros derechos eventualmente perjudicados por el primero (privacidad, honor, propia imagen, igualdad, libertad de cultos y política, etc.), no es fácil, pero sí posible.

Una vía de solución estriba en definir una zona de «información sensible», no registrable en los bancos de datos, o con áreas insusceptibles de registrar. La «información sensible» cubre puntos como reli-

gión, ideas políticas, comportamiento sexual, salud moral y física, vinculaciones sindicales, raza (130).

Siempre dentro de la antinomia registros formales-registros informales, se puede seguir una política de tolerancia para el archivo de cierto tipo de información y de prohibición de otro tipo. En los archivos formales será posible controlarlo; en los informales casi imposible. En todo caso, el interesado siempre podría utilizar una garantía constitucional para protegerse y los criterios que da Sagües respecto a qué permitir y qué no permitir parecen razonables. El comentario de este autor sobre la posibilidad de utilizar el Hábeas Data como un instrumento de control de esta exigencia en manos del interesado, es el siguiente:

> Derecho a la exclusión.- Respecto a diversos datos conceptuados como «información sensible», el fin del Hábeas Data puede consistir en «cancelar» o «borrar» tales noticias de los bancos de datos. Como se anticipó, algunas veces es posible registrar algún tipo de información, o algún modo de archivo, y no ciertos informes o maneras de guardarlos. Por ejemplo, la ley 23.798 de Argentina, de «lucha contra el SIDA», prohibe «individualizar a las personas (que padecen tal mal) a través de fichas, registros o almacena-miento de datos, los cuales, a tales efectos deberán llevarse en forma codificada» (art. 2, inc. e) (131).
>
> [...] c) Principio de la calidad o fidelidad de la información. Conforme a este principio los datos recolectados deben ser verdaderos, de tal suerte que no produzcan una falsa imagen de la persona. Por ello es que las legislaciones deben permitir el acceso para una verificación, pudiendo rectificarse, anularse cualquier dato que no corresponda a la realidad [...].

---

(130) SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas Data: su desarrollo constitucional.* VARIOS AUTORES. *Lecturas constitucionales andinas 3.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 89-91.

(131) SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas Data: su desarrollo constitucional.* VARIOS AUTORES. *Lecturas constitucionales andinas 3.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 89-91.

Resulta obvio que la verificación debería hacerla el propio interesado e, inclusive, un representante suyo de ser el caso. Nosotros consideramos que, en adición al principio de calidad o fidelidad de la información, debe añadirse la posibilidad de hacer breves especificaciones cuando el interesado lo requiera. En toda base de datos razonable, siempre existirá un ámbito de recolección de información libre (tradicionalmente llamada *memo* en el conjunto de barbarismos informáticos existente en el lenguaje de los programadores). El derecho de especificar es importante porque bien puede suceder que una información archivada corresponda a la realidad pero, por el rigor de los formatos computarizados, esté privada del contexto que le dé explicación o significado complementarios indispensables.

> [...] d) Principio de la especificación del propósito o la finalidad. Al recolectarse los datos debe especificarse la razón o finalidad de aquélla, no pudiendo usarse los datos para fines distintos para los cuales se señaló como razón para la recolección [...].

Esta propuesta, a nuestro juicio, tiene las mismas bondades y debilidades que la señalada en el apartado a) ya comentado antes. Lo dicho entonces parece aplicable letra a letra a esta idea.

> [...] e) Principio de confidencialidad. El acceso a la información por parte de terceros sólo será posible si lo consiente el propio sujeto de la información o por mandato judicial. Indudablemente, debe distinguirse cuando los datos se proporcionen sin especificar ni identificar al sujeto, y ello puede ocurrir cuando se realiza un estudio de carácter estadístico, en cuyo caso no acarreará sanción alguna [...].

Sagües también considera esta posibilidad en la siguiente cita:

> Derecho a la confidenciabilidad.- En este campo, el sujeto en cuestión exige que una información que él ha proporcionado, y que ha sido legalmente requerida, permanezca secreta para los terceros.

Es el caso, por ejemplo, del «secreto fiscal» o del «secreto bancario», como del «secreto médico» (132).

Es cierto que en los registros más importantes el cumplimiento de este requisito puede ser verificado. Si la sociedad se organizara de manera que la confidencialidad de los ámbitos más importantes de concentración de información pudiera ser garantizada, entonces el agravio a los derechos de las personas, y la acumulación de poder en manos de terceros por su conocimiento de la vida de los otros, disminuiría significativamente. Es una norma deseable, pero que en los ámbitos informales de la información es casi imposible de controlar.

> [...] f) Principio de salvaguarda de seguridad. A través de este principio se establece la obligación, por parte del responsable del registro, de adoptar las seguridades adecuadas para proteger la información contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado. Inclusive puede disponerse la posibilidad de destruir la información en circunstancias especiales, como en los casos de guerra, por ejemplo [...]".

La idea de establecer salvaguardias para la información, incluida la de destruirla en situaciones graves, es de fundamental importancia, particularmente en los grandes bancos de información. Con los instrumentos modernos, es bastante fácil tener un programa de emergencia que borre si no toda la información, sí al menos partes significativas de ella y, sobre todo, los caminos electrónicos de acceso, de manera que no haya que eliminar toda la información existente, lo que puede tomar un considerable esfuerzo. También es posible establecer sistemas de codificación en la información para que no sea fácilmente leída por quien no conoce las contraseñas de ingreso.

> [...] g) Principio de la política de apertura. Se garantiza a través de este principio la transparencia de la acción de la administración pública o privada respecto de los procedimientos y prácticas

---

(132) SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas Data: su desarrollo constitucional.* VARIOS AUTORES. *Lecturas constitucionales andinas 3.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 89-91.

concernientes al procesamiento de datos personales. Por ello debe ser de conocimiento público la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales [...].

Regular la existencia de los registros permitirá que muchos de ellos sean identificables y regularmente controlables. No tener una legislación sobre la materia, más bien, puede conducir a toda clase de excesos en base a la libre iniciativa privada consagrada como derecho en las Constituciones contemporáneas. Este es un campo en el que los procedimientos deben estar regulados para que se garantice, hasta donde es posible, el debido conocimiento de los bancos de información existentes.

> [...] h) Principio de la limitación en el tiempo. Los datos deben conservase sólo hasta el cumplimiento de la finalidad para la cual fueron recolectados. Cumplida la finalidad, la información debe ser cancelada, salvo casos excepcionales [...]".

El principio expuesto parece razonable. A él se podría añadir, sin embargo, que ciertos datos que no son de duración indefinida, deberían ser obligatoriamente reactualizados cada cierto tiempo, o si ello no es posible, descartados. Por ejemplo, una persona puede mudar de posición política, o desafiliarse de una cierta organización. Si no hay reactualización obligatoria, se le puede dar por ubicado en un lugar del espectro en el que ya no se encuentra y eso puede serle perjudicial de varias formas.

> [...] i) Principio de control. Se debe prever un organismo de control, responsable de la efectividad de los principios enunciados. Tanto la ley danesa, como la ley francesa prevén organismos especiales. La primera crea una Inspección de Registros, y la segunda la Comisión Nacional de la Informática y las libertades [...].

Esta propuesta corresponde a lo que ha estado tácitamente entendido en la mayoría de nuestros comentarios anteriores: alguna institución tendrá que supervigilar el cumplimiento de las normas y procedimientos de los grandes archivos de información, para garantizar de la mejor manera posible la vigencia de los derechos de las personas. El diseño de esta autoridad, sin embargo, es tema complejo y difícil: un reto técnico y político muy interesante de abordar.

[...] j) Principio de la participación individual. Consagra el derecho de acceso de las personas al registro de datos, donde se hallan recolectados datos sobre su vida personal o familiar.

Este derecho de acceso comprende el derecho a:

a) Obtener información de la entidad responsable de los datos acerca de la existencia de datos que le conciernan;
b) Ser informado dentro de un tiempo razonable y de manera comprensible;
c) Oponerse a cualquier dato que le concierna y a que esa oposición quede registrada;
d) Obtener que los datos relativos a su persona, en caso de prosperar su oposición, sean suprimidos, rectificados o completados;
e) Ser informado de las razones por las cuales se deniega su derecho de acceso o éste no se le conceda en lugar, tiempo y forma razonable; y
f) Oponerse a toda negativa a darles las razones mencionadas precedentemente". (Fin de la cita de Morales Godo que hemos ido entrecortando con nuestros comentarios en las páginas anteriores).

Este mecanismo de control será indudablemente de los más eficaces desde que se trata del propio interesado en que la información sea correcta. El otorgarle estos derechos, y establecer los procedimientos a través de los cuales pueda llevarlos a efecto, resulta de primera importancia para la adecuada vigencia de todos lo que hasta aquí hemos comentado.

Sagües, en la cita que sigue, expresa diversas posibilidades de utilización del Hábeas Data para afrontar este tema del acceso y de las eventuales modificaciones que desee hacer el interesado:

Otro mecanismo de adaptación consiste en auspiciar un proceso judicial expeditivo (en concreto, el Hábeas Data), con los siguientes objetivos:

Derecho al acceso

Conforme él, cuando un sujeto está registrado de algún modo en un banco de datos, tiene derecho a saber lo que consta en el mismo, acerca de su persona.

Este «derecho al acceso» presenta serios problemas cuando una ley (o la propia Constitución, como es el caso de la brasileña, en su art. 5) declara reservada la información que concierne a la seguridad de la sociedad y del Estado. En tales supuestos, la coexistencia ente el derecho personal de cada uno a saber qué se dice de él en el banco de datos (en tutela de una gama de derechos constitucionales personalísimos, como honor, privacidad, dignidad, etc.), y los derechos de la sociedad y del Estado a la autoconservación (cosa que legitimaría el secreto, en aras de la seguridad colectiva) es una empresa harto complicada, pero que de todos modos debe hacerse.

El riesgo que se corre, cuando se habilita una excepción al «derecho al acceso» con el argumento de la seguridad social o estatal, es que la administración pública recurra habitualmente a la excusa de tal seguridad para negarse a suministrar información. A su vez, si no se permite tal reserva, existe el peligro de difundir (mediante el ejercicio del «derecho al acceso») noticias que efectivamente pueden perjudicar la defensa nacional o la seguridad de todos.

Un dispositivo intermedio consiste en autorizar la excepción de la reserva estatal por razones de seguridad colectiva, pero sometida a la revisión judicial de razonabilidad de tal alegación. En tal esquema, el Poder Judicial evalúa si la excusa tiene sustento serio que la justifique. Ello parece ser una solución equitativa.

Derecho a la actualización

En esta variable, el Hábeas Data permite que una persona logre que los datos relativos a ella, queden puestos al día (por ejemplo, figuraba en el banco de datos como deudor, que se anote que haber pagado su obligación; si aparece como procesado, que conste su sobreseimiento o absolución).

Derecho a la rectificación

Aquí el interesado procura que se corrija información inexacta. V. gr., si figura como abogado, siendo arquitecto; o que ha via-

jado a Cuba, cuando nunca lo ha hecho; o que es hijo de fulano de tal, cuando lo es de mengano, etc. [....]" (133).

La trascendencia que puede tener el Hábeas Data, como se ve de estos comentarios, es mucho mayor que la que se le ha dado en nuestra Constitución, que consiste sólo en la pretensión de que la información existente no se divulgue cuando afecte la intimidad personal y familiar. Estimamos que las sugerencias de Sagües deben ser tomadas en cuenta para enriquecer el Hábeas Data actualmente existente, y mejorar la condición de los derechos humanos que ahora corren peligro de ser violentados por los recursos de información disponibles.

En todo caso, las figuras de protección para estas eventualidades, crecen rápidamente en el mundo. Dice Samuel Abad al respecto:

> Ante la necesidad de contar con una regulación que enfrente estos problemas, distintos países europeos a partir de 1970 van elaborando una legislación específica —el primer texto de protección de datos correspondió al Land de Hasse (Alemania, 1970)—, que en el plano internacional culmina con la elaboración del «Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal» de 28 de enero de 1981. Incluso, en algunos países cuenta con reconocimiento constitucional, tal como sucede en la Carta Portuguesa de 1976 (art. 75) y el texto español de 1978 (art. 18.4). Del mismo modo, fuera de Europa, en Estados Unidos, la Privacy Act de 31 de diciembre de 1974 trata de contemplar garantías para ello.
>
> En América Latina, destacan la experiencia Brasileña (art. 5 LXII, Constitución de 1988), Colombiana (art. 15, Constitución de 1991), Paraguaya (art. 135, Constitución de 1992), así como los avances de algunas constituciones provinciales Argentinas. Esto último sucede, tratándose de la Provincia de la Rioja (art. 30,

---

(133) SAGÜES, Néstor Pedro. *Hábeas Data: su desarrollo constitucional.* VARIOS AUTORES. *Lecturas constitucionales andinas 3.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 89-91.

Constitución de 1986), San Juan (art. 26, Constitución de 1986), Córdoba (art. 50, Constitución de 1987 y Río Negro (art. 20, Constitución de 1988) (134).

Como puede apreciarse, hay razones para el optimismo en relación a la capacidad de respuesta del Derecho frente a estos nuevos retos. De lo que se trata es de mejorar sus técnicas y aumentar el poder de sus normas en la protección de los derechos, al tiempo que no ahogamos la iniciativa individual, ni la vida privada de quienes trabajan en el mundo de la información. En cualquier caso, estos comentarios demuestran que el siguiente pensamiento de Fernández Segado es totalmente pertinente:

> La libertad informática se nos perfila así como el derecho de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, o lo que es lo mismo, de consentir, controlar y, en su caso, rectificar los datos informativos concernientes a la propia personalidad" (135).

No está demás concluir recordando que para proteger el derecho establecido en este inciso 6 del artículo 2 de la Constitución, queda expedito el uso del Hábeas Data establecido en el inciso 3 del artículo 200 de la Constitución.

11. Artículo 2 inciso 7

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.***

---

(134) ABAD YUPANQUI, Samuel. *Hábeas Data y conflicto entre órganos constitucionales: dos nuevos procesos constitucionales.* VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 267

(135) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos.* Lima, Ediciones Jurídicas, 1994. Cap. III, p. 277.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Este derecho a la buena reputación tiene protección desde la Constitución de 1823:

"Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

6.- La buena opinión, o fama del individuo, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes.

[...]".

La norma parece estar a camino intermedio entre la buena reputación y la presunción de inocencia mientras no haya sentencia condenatoria.

El texto cambió a partir de la Constitución de 1860 que estableció lo siguiente:

"Constitución de 1860 artículo 16.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado".

La Constitución de 1920 trató el asunto en términos similares, añadiendo la traición a la patria como delito que merecía la pena de muerte.

"Constitución de 1920, artículo 21.- La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión, y no puede imponer la pena de muerte

sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente en la Constitución de 1979 es la siguiente:

"*ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

5.- Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en su honor por publicaciones en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho de rectificación en forma gratuita, sin perjuicio de la responsabilidad de ley [...]".

La Constitución de 1993 hace dos añadidos pertinentes:

- Establece la protección a la voz, que no estaba contenida en la Constitución de 1979.
- Señala que la rectificación que hagan los medios de comunicación social no sólo será gratuita sino también inmediata y proporcional, dos elementos importantes para que cumpla su real finalidad.

El resto de la norma es idéntica en ambas Constituciones.

Análisis exegético

Trata nuestro inciso de varios conceptos distintos: honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz propia e imagen propia. El segundo párrafo contiene el derecho de rectificación. Abordaremos estos conceptos por separado, pero primero es importante revisar los textos internacionales que se ocupan de esta temática, porque nos permiten ciertas aclaraciones.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones unidas protege así la intimidad o privacidad, la honra y la reputación:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.- Nadie será objeto de injerencis arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege la privacidad, la honra y la reputación. La expresión es muy similar a la de la Declaración Universal:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ratifica los mismos derechos:

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo V.- Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos innova en algo las normas anteriores en su artículo 11, principalmente, al asimilar la honra y la dignidad en su apartado primero:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.-

1.- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Y en su artículo 14, la Convención hace una detallada caracterización del derecho de rectificación, que tiene aún mayores alcances que el segundo párrafo de nuestra Constitución. Dice:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.-

1.- Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentarios y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2.- En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se e hubiese incurrido.

3.- Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no éste protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

De lo visto, podemos concluir que los instrumentos internacionales protegen el tema que venimos analizando de la siguiente manera:

- Existe el derecho a proteger la honra, que en la convención Americana sobre Derechos Humanos se asimila a la dignidad de la persona.
- Existe la protección a la reputación.
- Existe la protección a la reserva de la vida privada.
- Existe el derecho de rectificación sobre informaciones emitidas en los medios de comunicación para lo cual, según la Convención Americana de Derechos Humanos, cada órgano de expresión o empresa tendrá una persona responsable plenamente ante los fueros ordinarios para efectos de las reclamaciones judiciales del caso.
- Debe existir protección efectiva para garantizar la vigencia de estos derechos.

El primer tema que aborda el inciso que comentamos es el del honor y la buena reputación. Si concordamos nuestra Constitución con los textos internacionales, veremos que la *reputación* es un concepto unifor-

memente utilizado, en tanto que el honor aparece como *honra* en los tratados y, aún, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos aparece vinculado a la *dignidad* de la persona.

Todo esto nos hace ver que en realidad honor u honra y reputación son dos conceptos distintos para el Derecho. *El Diccionario de la Real Academia Española* trae las siguientes definiciones al respecto:

«Honor.- Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos».

«Honra.- Estima y respeto de la dignidad propia». Y también: «Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito».

«Reputación.- Opinión que las gentes tienen de una persona».

En nuestro criterio, todos estos elementos de juicio nos conducen a hacer una diferencia entre el honor y reputación que sería la siguiente: el honor, como la imagen ética y espiritual que uno tiene de sí mismo; la reputación, como la imagen que los demás tienen de uno mismo. Esta diferencia encuentra asidero en la forma de protección penal establecida tradicionalmente:

- La injuria no requiere de publicidad, pues basta que ocurra a solas entre agresor y agraviado. Estaría afectando el honor que es la propia autoestima y por eso se castiga.
- La difamación es esencialmente pública o, en todo caso, se trasmite a terceros. Afecta la reputación.

En la jurisprudencia peruana, esta diferencia no ésta tan claramente establecida y en verdad, los casos que existen a mano proviene más de la justicia penal que de la civil. Morales Godo trae ejemplos:

La jurisprudencia peruana es abundante en cuanto se refiere al honor, pero debe señalarse que la misma proviene del uso de la vía penal para tutelar dicho derecho; no existe una tradición civilista de protección de los derechos de la personalidad.

Tres ejecutorias nos revelan el sentido de protección del derecho al honor:

[...]

«El honor penalmente protegido es más el derivado de un concepto social, apreciaciones y valorizaciones de terceros que autoapreciaciones y/o valorizaciones del mismo individuo; que sustentándose la imputación contra el encausado en el contenido de una publicación de un diario en el que se afirma que el agraviado sabía los Estatutos del Club para seguir dirigiéndose observado error en la inscripción del folio, lo cual evidencia que no son actos realizados por espíritu de maledicencia o por ánimo de ofender sino que se ha obrado en beneficio de la colectividad que representan los socios».

En este caso merece relievarse dos aspectos: por un lado, la consideración que el honor es una apreciación de las valorizaciones sociales, más que autoapreciaciones, y por otro lado, el aspecto doloso que debe revestir la conducta del denunciado(136).

El comentario de Morales Godo dice todo lo esencial. Sin embargo, vale la pena subrayar que para esta resolución, no existe diferencia entre honor y reputación, cuando menos en las inquietudes intelectuales de quien produce el fallo. Este es un error desde que ambos conceptos figuran uno al lado del otro en la protección constitucional y la jurisprudencia debiera pronunciarse sobre esto. La segunda observación consiste en que cuando la defensa del honor o de la reputación se hace en la vía penal, el problema de la culpabilidad deviene en elemento indispensable. Si se tratara de la vía civil, podría hacer otros elementos conceptuales y sistemáticos de juicio para abordar el problema de la responsabilidad: en la vía civil la tiranía del dolo o la culpa no es tan marcada como en la vía penal y, en muchos casos, la responsabilidad civil es independiente de estos dos elementos. Todo esto hace ver, de paso, que resulta conveniente establecer vías civiles civiles eficientes para la protección de estos derechos.

El segundo expediente que menciona Morales Godo es el siguiente:

---

(136) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 135.

«Examinado el impreso publicado bajo el título 'de todo hay' se puede ver que contiene adjetivos calificativos que ofenden el honor de la querellante pues se le titula de 'franela' porque pretende 'un ascenso a su favor'. Es extraño que en la sentencia apelada se mencione que no existe «animus injuriandi» en la conducta de los procesados".

En este caso, se reitera la voluntad o *animus injuriandi* que debe existir por parte del agresor. Por los términos usados en contra del agraviado, se demuestra claramente esta voluntad de agredir el honor, por ello el Tribunal se extraña que el Juez de Primera Instancia haya señalado en la sentencia la no existencia del *animus injuriandi*"(137).

Se puede ver que que en este caso, utilizando fórmulas de lenguaje vulgar, despectivo, dice a la persona de la que trata el impreso, que persigue favores con una obsecuencia poco digna. Efectivamente, como dice Morales Godo, llama la atención que no se encuentre ánimo de maltratar la reputación de la víctima en el agresor. La protección civil dela reputación y del honor debería ser más estricta en la exigencia de la lealtad de las conductas de quienes opinan sobre las personas. Esta resolución no es un buen ejemplo a seguir.

El tercer caso mencionado por Morales Godo tiene que ver con lo siguiente:

El querellado pretende negar los hechos basándose en que los volantes infamantes no están membretados ni firmados, hecho que precisamente era de su responsabilidad y que más bien revela su afán difamatorio(138).

En este caso la justicia sí actuó con correción en la asignación de responsabilidad al agresor, pues éte se escuchaba en la formalidad de que

---

(137) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 235.

(138) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 235.

el documento que atentaba contra los derechos del agraviado no era identificable.

En síntesis, esta sumaria revisión indica la necesidad de establecer vías civiles eficientes de protección de los derechos al honor y la buena reputación (en adición a las garantías constitucionales que pueden funcionar para sus fines específicos), porque cuando la defensa se realiza predominantemente en la vía penal, consideraciones sobre la culpabilidad y la responsabilidad propias de está área, pueden hacer peligrar la vigencia real de los derechos.

El siguiente concepto importante en nuestra norma es el derecho a la intimidad personal y familiar.

Fernández Segado reseña el origen de su protección:

> Hace prácticamente un siglo, en 1891, se formulaba por primera vez en términos jurídicos una exigencia de libertad personal, desconocida hasta aquel entonces: el derecho a la intimidad "the right to privacy". Dos abogados de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en un conocido artículo publicado en la *Harvard Law Review* daban vida a un derecho, que más tarde sería conocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el derecho "to be let alone", a ser dejado sólo, en paz, a obtener la protección de su vida íntima, de su privacidad(139).

El problema que aparece para el Derecho entre las dimensiones privada y pública de la vida humana, se presentaporque la persona está permenentemente interactuando en ambos escenarios: va a su vida pública de relación con los demás, para regresar a su intimidad, y volver a salir a la sociedad:

> La vida íntima, personal, la individualidad, entra en una relación dialéctica dinámica y, en algunos casos, conflictiva xon la sociedad. El ser humano proyecta su personalidad en dos dimensiones: una social, externa y otra de regreso hacia sí mismo; y es que

---

(139) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, Cap. III, pp. 275-276.

el ser humano es individuo y es sociedad; y esta relación dialéctica constituye todo un problema existencial permanente de la humanidad que cobra especales características en el hombre contemporáneo.

Zavala de González, nos dice que «si bien esas facetas son discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así, la proyecció exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más rica cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado,antes que hecho y exteriorizado ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo. A la inversa, como el boumerang que necesariamente vuelve al punto de partida, la relación 'hombre-mundo' repercute siempre en aquél, moldeándolo y posiblitando su realización y engrandecimiento [...]». Esta interrelación, como toda de naturaleza dialéctica, no sólo es dinámica, sino también fundamentalmente conflictiva: su desenvolvimiento supone una pugna, un choque entre la dimensión personal y la dimensión social del hombre, que ofrece estadios de equilibrio entre intereses contrapuestos (140).

Becerra Palomino tiene la siguiente opinión sobre la protección de la privacidad:

La protección de la privacidad entendida por algunos según lo anteriormente señalado como "derecho al secreto", es pues amplia. No sólo se subbstrae al conocimiento de otras personas, ciertos aspectos o manifestaciones de la vida particular del sujeto, sino también se impone una actitud de prudente distancia o discreción, a efectos de no atentar contra costumbres o sentimientos concernientes a esa vida íntima.

Así, para estos autores el derecho a la intimidad tendrá por misión el tutelar, no únicamente la reserva de la persona en cuanto ser psicofísi-

---

(140) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 63.

co, sino también la de sus comunicaciones, la de sus relaciones afectivas más cercanas y profundas, y la de su hogar, esto es, del lugar donde se desarrolla su vida íntima, el espacio en el que se desenvuelve su existencia privada" (141).

Por su parte, Morales Godo, citando a Novoa Monreal, propone una lista sugerente de temas que corresponderían a la vida privada:

> NOVOA MONREAL, enumera distintas situaciones, actividades y fenómenos que pueden considerarse como vida privada:
>
> a) Ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que l individuo desee sustraer al conocimiento ajeno;
>
> b) Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual;
>
> c) Aspectos no conocidos por extraños de la vida familiar especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo;
>
> d) Defectos o anomalías síquicas no ostensibles;
>
> e) Comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél;
>
> f) Afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto;
>
> h) La vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste;
>
> i) Orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil;

---

(141) BECERRA PALOMINO, Enrique. *Derecho a la Intimidad.* En *Libro homenaje a Carlos Rodríguez Pastor.* Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1992, p. 18.

j) El cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción, y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos en cavidades naturales, etc.);

k) Momentos penosos de extremo abatimiento, y

l) En general, todo dato, hehco o actividad personal no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o síquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc.) (142)

De las dos citas anteriores, puede notarse que el derecho a la intimidad tiene que ver con aspectos de la vida humana que tienen importancia para el sujeto y que él prefiere dejar o, mejor aún, se supone que prefiere que pueden fuera del conocimiento de los demás. Esto último es muy importante por lo siguiente: en materia de intimidad, la presunción no consiste en que todo puede divulgarse a menos que haya prohibición del interesado. Más bien es al revés: el ámbito de su vida privada no puede ser divulgado sin que él lo autorice. En el Derecho, esta diferencia es toda regla de actuación para las personas.

Por ello mismo, la determinación de los ámbitos que genéricamente consisten en la intimidad es importante, y de allí que la lista de Novoa Monreal citada por Morales Godo, resulte de fundamental importancia. Desde luego, en esto la sensibilidad de las personas tiene más importancia que la existencia de enumeraciones taxativas de lo que se puede o no divulgar. Por eso es que los temas concretos no pueden ni deben figurar en la ley, sino que deben ser iluminados por la jurisprudencia y la doctrina.

Estas reflexiones traen a la escena otro tema fundamental para el Derecho: si no se puede hacer una lista exhaustiva de lo que pertenece a la intimidad, y en buena medida ello depende de la sensibilidad de las

---

(142) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Grijley, 1995, p. 180.

personas al actuar, entonces la conclusión sobre las reglas de la responsabilidad por el incumplimiento frente a este derechos, es que debe primar el criterio del riesgo o de la responsabilidad objetiva y no de la subjetiva: es la única manera de que la presunción corra verdaderamente en contra del posible agresory no en contra del agraviado. Esta es la mejor manera de defender un derecho tan importante.

La intimidad protegida por nuestra Constitución es la personal y familiar. Esto alude a dos círculos concéntricos en torno a la persona: el primero es el de las cosas que pertenecen a su exclusiva privacidad: aquella que hace *a puertas cerradas*. Es elección de cada uno tener una parte de su vida privada en el entorno exclusivo de sí mismo. El otro círculo es el familiar, es decir, el conjunto de cosas que suceden en la intimidad de quienes se consideran familiares entre sí. El concepto de familia es siempre difícil de definir en el Derecho porque él mismo lo desea así: indudablemente, son siempre familia los parientes en línea directa y los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Sin embargo, el concepto de familia de *los que viven bajo el mismo techo* es particularmente aplicable a la intimidad pues, precisamente, los hechos familiares ocurren *bajo el mismo techo*. Si son presenciados por servidores del hogar, o por amigos que han penetrado en ese recinto por su cercanía afectiva con las perosnas que habitan en esa casa, entonces entendemos quetambién ellos peretenecen en este caso al concepto lato de familia que prohíbe divulgar las informaciones reservadas.

Existen, inclusive, casos clásicos como éste:

> Conocido es el precedente norteamericano *Dayli Times Democrat* Vs. Grabam. Una joven fue fotografiada mientras se encontraba en un parque de diversiones y una corriente de aire levantó su vestido. La mujer demanda y el Tribunal accede a la demanda por violación del derecho a la vida privada que tenía la dama, fundamentando su fallo en que "aún en lugares públicos hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas (143).

---

(143) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Grijley, 1995, p. 180.

Estas circunstancia muestra que la intimidad puede ocurrir inclusive en lugares públicos, siempre que la circunstancia consista en un hecho que la persona ha reservado para su propio círculo de existencia. A él se puede añadir otros muchos casosen los cuales persoaje públicos, que realizan visitas oficiales a ciertos lugares, reservan un tiempo específico para llevar a cabo actividades privadas que no pueden ser cubiertas por la prensa, precisamente, en respeto a la intimidad.

Existe, así, una tensión permanente entre el derecho a la intimidad y el derecho de información. Morales Godo dice que no puede haber resolución *a priori* del conflicto:

> Tratándose de los derechos a la vida privada y la información, no puede establecerse, a priori, prevalencia de uno sobre otro, porque no están en un plano de subordinación. Son derechos equivalentes y, por ende, habrá necesidad de encontrar estas reglas generales que nos permitan en la experiencia jurídica solucionar estas posibles colisiones.
>
> Para algunos como GENY, citado por NOVOA MONREAL, «la solución debe ser encontrada al reconocer los intereses qe se enfrentan, evaluar su fuerza respectiva, pesarlos de alguna manera con las balanzas de la justicia, todo ello para asegurar la preponderancia de los más importantes conforme a un criterio social, para finalmente establecer entre ellos el equilibrio eminentemente deseable». Esta puede ser una posible solución, con la atingencia de que el «criterio social» no implique el atropello de alguno de los derechos, sino que sea como consecuencia de una evaluación que tenga como mira la dignidad del ser humano (144).

Consideramos que las alternativas que plantea la segunda parte de esta cita, referidas a los autores mencionados, generan problemas concretos de aplicación bastante serios pues, para cada caso, quien está en la disyuntiva de decidir si publica o no la información, debe hacer un análisis del equilibrio de derechos. Normalmente es la persona menos indicada, al menos en la sociedad moderna, porque el interesado en dar a cono-

---

(144) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 151.

cer los detalles de la vida íntima, generalmente está comprometido, por diversas razones y principalmente con las de figuración o negocio, con la alternativa de dar a publicidad lo que sabe. No es pues un buen juez.

Por ello consideramos que la fórmula prácticamente debe ser que la regla general es que todo lo que puede interpretarse como que la persona deja a su espacio personal o familiar, está prohibido de ser divulgado y que en esto hay que tener criterio amplio antes que estrecho. En realidad, la intimidad debe ser interpretada extensivamente y la información restrictivamente en estos aspectos. La responsabilidad de quien publica debe guiarse por los principios del riesgo y de la responsabilidad objetiva, y no por la responsabilidad subjetiva.

En este contexto, encontramos adecuado el mandato del artículo 14 del Código Civil peruano que, cumpliendo la función de norma de desarrollo constitucional, dice respecto de este tema:

"Código Civil, artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de maifiesto sin el asentamiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyugue, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden".

Y para el caso en el que los datos de la intimidad de una persona puedan ser públicamente relevantes porque también afectan su vida pública, coincidimos con la opinión que Morales Godo expresa aquí:

> Habrán circunstancias en que la vida privada de las personas por la naturaleza de los hechos, por la calidad de la persona misma y su trascendencia en la sociedad, y por la importancia que dichos hechos tienen coyunturalmente, puedan ser objeto de información al público, de tal forma que los márgenes de la vida privada disminuirían. Sin embargo, debe tenerse presente que dichos hechos deben ser de interés del público en general como parte de la noticia, sin el cual no sería comprensible el acontecimiento. Debe distinguirse de aquellas intromisiones que buscan solamente exaltar la curiosidad, muchas veces morbosa, de las personas, sin que realmente dichos aspectos de la privacidad tengan importancia para la comprensión de la noticia. Esto implica una gran responsabilidad para el medio de comunicación que debe deslindar los hechos,

brindando la noticia sin mezclarla con actos de la vida privada de la persona que sólo serviría para fomentar el escándalo, despertar la curiosidad morbosa y por ende buscar vender más, el decir, la responsabilidad está en no caer en lo que se denomina el "periodismo amarillo (145).

El derecho a la voz propia es el que tiene la persona de determinar que se utilice o no bajo forma de reproducción o, inclusive, de imitación cuando ella pueda llevar a confusión sobre la identidad de quien habla. La voz es una característica propia del cada ser humano con su entonación, pronunciación y timbre. Lo identifica. Por consiguiente, como ocurre con los demás atributos que son humanamente propios, debe tener control sobre ellos, desde luego, en el ámbito de su intimidad.

Hemos intentado antes una definición de imagen que consideramos pertinente repetir aquí:

> La imagen es el aspecto físico de la persona, o la representación de él. Nótese que no es sólo el aspecto físico sino cualquier reelaboración o representación a través de las cuales la persona pueda ser identificada. Se incluyen en la imagen, entre otros, los siguientes elementos:
>
> - La fotografía, la pintura y la película donde aparece el ser humano físicamente.
> - El dibujo y la caricatura.
> - La silueta.
> - Los rasgos característicos o los defectos físicos visibles.
> - Los gestos y las actitudes físicas (146).

Como en el caso de la voz, en el de la imagen, por ser identificación personal y única, también la persona debe tener el control de su difusión dentro del ámbito de su intimidad.

---

(145) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* Lima, Grijley, 1995, p. 161.

(146) RUBIO CORREA, Marcial. *El ser humano como persona natural.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 89-90.

Debe quedar que cuando decimos que la voz y la imagen se protegen en el ámbito de la intimidad de la persona, estamos refiriéndonos a que cuando ella participa en eventos públicos como discursos, intervenciones en instituciones, o en ceremonías abiertas a otras personas, no pueden exigir que su vozo su imagen no sean dadas a conocimiento de los demás. Todo aquel que participa en una ceremonía pública está tácitamente aceptando que ella sea divulgada. La imagen y la voz no podrán ser utilizadas, sin embargo, fuera de estas circunstancias, lo que quiere decir que, aún cuando la persona haya hablado o estado fisícamente presente delante de otros, si no lo hizo con la finalidad de participar públicamente en el evento, no se podrá utilizar su voz y su imagen sin su consentimiento o del de aquellas otras personas que estén jurídicamente autorizadas a darlo.

El Código Civil tiene una norma de desarrollo constitucional bastante clara en su artículo 15. Dice:

"Código Civil, artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella, o si ha muerto, sin el asentimiento de su ónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctia o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden".

Compartimos los extremos que plantea esta disposición que, aún cuando dictada antes de la Constitución de 1993, es perfectamente compatible con ella (147).

---

(147) En nuestra obra *El ser humano como persona natural* citada inmediatamente antes, hacemos un comentario exegético de este artículo en las páginas 89 a 95. A él nos remitimos para mayores detalles no procedentes aquí.

Morales Godo, citando a Becerra Palomino, da testimonio de una resolución jurisprudencial peruana sobre derecho a la imagen que resulta interesante:

> BECERRA PALOMINO, refiere una Ejecutoria Suprema peruana del 05 de mayo de 1978, respecto al derecho a la propia imagen, en la que se alude el derecho a la intimidad. Se trata de la petición de doña Amparo Valcárcel Barreto, quien reclamó indemnización por haberse utilizado su imagen en una propaganda comercial, sin su autorización.
>
> La Corte Suprema amparó la demanda y fijó una indemnización en favor de la demandante con los siguientes fundamentos: «Que, por su naturaleza los atributos de la personalidad son inalienables, figurando entre ellos, el derecho sobre la propia imagen, en virtud del cual se tutela la intimidad y el decoro; que consecuentemente, es derecho indiscutible de la persona el de decidir la oportunidad y condiciones de representación de su forma corporal, así como el de prohibir su desnaturalización; que este derecho, tendiente a la protección de la imagen, se traduce en dos valores: uno moral y otro patrimonial; por el primero, nadie tiene porqué invadir la esfera de la privacidad exhibiendo a los demás, sin consentimiento del titular del derecho, a la efigie o imagen, y, por el segundo, sólo a aquél le corresponde determinar las exigencias que deben previamente satisfacerse para autorizar su difusión, coligiéndose asimismo, que tampoco está permitido procurarse un provecho económico a expensas de la imagen de una persona sin su consentimiento y cuando así hubiere ocurrido, la obligación de asumir el resarcimiento del daño irrogado es su consecuencia [...]» (148).

Consideramos que el razonamiento de esta resolución es correcto en lo que tiene que ver estrictamente con el derecho moral a la imagen y con el derecho patrimonial que puede verse involucrado en un caso como éste. Discrepamos sin embargo de la Corte en cuanto se siente obligada a

---

(148) MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Lima, Grijley, 1995, p. 132.

llamar al derecho a la intimidad para apoyarse en la protección de la imagen. Es obvio que existe un parentesco entre imagen e intimidad, en la medida en que ambos son derechos personalísimos del núcleo esencial de la persona. Sin embargo, son distintos: uno protege *información* (el derecho a la intimidad) y el otro protege la *imagen corporal* (el derecho a la imagen). En este sentido, la imagen está protegida indiferentemente de lo que pase con la intimidad de la persona.

La norma del derecho a rectificación, establecida también en este inciso 7, no ofrece en nuestro criterio mayores problemas de comprensión. Sí es conveniente recalcar lo siguiente:

- Procede en el caso de afirmaciones inexactas o agraviantes producidas por medios de comunicación social. No es rectificación el caso en el que alguien haya presentado una opinión y yo exija que se presente la mía contraria. Afirmación inexacta tiene que ver con la versión incorrecta de u hecho. Afirmación agraviante es un insulto.
- La rectificación procede en cualquier medio de comunicación social, sea escrito, hablado o visual. En nuestro criterio, incluye también los medios de comunicación informáticos como las redes actualmente existentes, en las que se puede diseminar inmensa cantidad de información a un número indeterminado de personas.
- La rectificación es gratuita.
- La rectificación es proporcional, lo que quiere decir que debe guardar una calidad informativa en tamaño, espacio, tiempo y otras características, equivalente a la que correspondió a aquella información a la que se dirige para corregirla.
- La rectificación no anula las responsabilidades penales, administrativas o civiles que pudieran derivarse de la vulneración del derecho.

En el Perú, el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social, tiene disposiciones de aplicación en la ley 26775 promulgada el 23 de abril de 1997.

No debemos olvidar la exigencia del artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos antes mencionada, en el sentido de

que en todo órgano de expresión debe haber siempre una persona responsable ante el fuero ordinario y sin inmunidades, para responer por las violaciones que se produzcan en este ámbito.

Todos estos son derechos constitucionales, aún los establecidos por vía de mayor detalle en los convenios internacionales, que pueden ser defendidos en el Perú por las garantías constitucionales establecidas.

12. Artículo 2 inciso 8

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.***
>
> ***El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. [...]».***

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas precedentes en la Constitución de 1979 son las siguientes:

"*ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

6.- A la libertad de creación intelectual, artística y científica. El Estado propicia el acceso a la cultura y la difusión de ésta (...)".

"*Artículo 129.- El Estado garantiza los derechos del autor y del inventor a sus respectivas obras y creaciones por el tiempo y en las condiciones que la ley señala. Garantiza así mismo y en igual forma los nombres, marcas, diseños y modelos industriales y mercantiles. La ley establece el régimen de cada uno de estos derechos*".

El inciso de la Constitución de 1993 y el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución de 1979 son prácticamente equivalentes en todo lo que no se refiere a la propiedad intelectual.

Sobre esto último, la Constitución de 1993 se limita a señalar que existe la propiedad sobre las creaciones, además de un derecho a su producto. El artículo 129 de la Constitución de 1979 era más explícito al dar rango constitucional a los derechos de autor y de inventor. Sí es cierto que la enumeración de nombres, marcas, diseños y modelos era abiertamente insuficiente en relación al actual avance de dicha disciplina. Tal vez, la Constitución de 1993 hubiera tratado mejor la materia recogiendo la primera parte del artículo 129.

Análisis exegético

Este es el inciso que la Constitución ha dedicado al derecho del perfeccionamiento espiritual de la persona a través de la cultura y la creación. En este sentido, tiene mucha vinculación con el inciso primero del mismo artículo 2 que menciona el derecho al libre desarrollo y bienestar. Si bien la satisfacción de las necesidades materiales del individuo es esencial para que dichos derechos se cumplan, es insuficiente por sí misma. Parte esencial de la realización humana consiste en participar de la cultura y en crear, lo que en última instancia no es sino consecuencia de la cultura propia.

Reconoce este derecho de manera particular el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que dice:

"Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 14.-

1.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
c. Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales

que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2.- Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3.- Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
[...]».

Norma semejante a la que figura en el apartado 3 de este artículo, contiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15 en su apartado 3.

El reconocimiento estricto de lo que contiene el inciso que comentamos ahora está en el apartado 3 de este artículo 14, pero es bastante evidente que el tema no está desligado de la vida cultural y artística de la comunidad como un todo integral. En este instrumento internacional, existe un claro vínculo entre la libertad de investigación y la cultura.

El concepto de cultura es muy discutido en los entornos especializados. Nosotros, para efectos del tratamiento de este derecho, preferimos el que señala Juan Ansión en el siguiente texto:

> Partiendo de esta última definición, asumimos que en el enfrentamiento de los hombres con la naturaleza y con los demás hombres, se generan en el mismo acto: 1) productos materiales, 2) organización social, 3) conocimientos. Utilizaremos el concepto de cultura para designar este tercer nivel, con una advertencia importante: por «conocimiento» no nos referimos solamente al conocimiento científico, sino a todo tipo de apropiación de lo real, incluyendo el conocimiento «práctico», el conocimiento religioso, el conocimiento artístico. El proceso por el cual una sociedad elabora su conocimiento por el pensamiento y por la acción es, pues, su cultura. Esta, además de los conocimientos adquiridos, comprende sobre todo una manera particular de producir conocimiento, es decir, una

manera particular de apropiación de lo real por el pensamiento y por la práctica (149).

Por su parte, Xavier Albó dice:

> Nótese que la cultura no es algo estático e inmutable, dado de una vez por todas, sino un permanente proceso. La vida e identidad de cada pueblo, al igual que la de todo ser vivo, se mantienen mediante un permanente proceso de crecimiento, asimilación y rechazo de los diversos elementos que lo componen y expresan. La cultura, por mucho que tienda a mantener aquellos rasgos que la estructuran, siempre se está creando y recreando. Hay un proceso constante de «producción de cultura» por evolución interna de la experiencia de cada pueblo y por su adaptación a nuevos desafíos e intercambios con el entorno. Según Lotman, todo ello ocurre mediante procesos complementarios de selección, jerarquización e incluso olvido de determinados «textos» (conocimientos, valores, prácticas o conductas) con los que se van configurando las especificidades propias de cada cultura (150).

La combinación del pensamiento de estos dos autores, que tienen visiones coincidentes y complementarias, nos permite apreciar que la cultura es toda una manera de ver el mundo y de responder frente a él. Pero la cultura no es estática ni está dada: Albó dice que se transforma permanentemente y Ansión que es, también, la manera como creamos nuevo conocimiento. De esta forma, puede verse que en el inciso que comentamos, los términos de acceso a la cultura y de creación intelectual, artística y científica, no corresponden a conceptos separados sino a uno y mismo proceso cultural, en el que participan de diversas maneras las perso-

---

(149) ANSION, Juan. *Violencia y cultura en el Perú.* VARIOS AUTORES. *Siete ensayos sobre la violencia en el Perú.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz-APEP y Fundación Friedrich Ebert, 1989, p. 63.

(150) ALBO, Xavier. *Violencia cultural en los países andinos.* En MAC GREGOR S.J., Felipe (editor). *Violencia en la Región Andina.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz-APEP, 1993, p. 45.

nas según sus características culturales dentro del país: habrá procesos de desarrollo cultural y creación en ámbitos culturales específicos, y también existirá un crisol al que todas las particularidades confluyen para crear una cultura común, en nuestro caso la peruana.

Por eso decimos que el inciso que tratamos versa sobre uno de los aspectos centrales del desarrollo de cada persona. Sin embargo, no es sólo un asunto individual porque la cultura sólo existe si es compartida. Por consiguiente, es un derecho que se ejercita, y sólo puede ser ejercitado, en grupo. Es en el contexto del grupo en que uno se socializa que adquiere *su* cultura, y es aprendiendo de los otros y devolviéndoles, que uno contribuye a una creación colectiva con sus propios y distinguibles aportes. La cultura es un fenómeno individual y social de alto contenido humano.

Si la creación se produce dentro de la cultura, tiene a ésta como referente de unidad. Sin embargo, el texto constitucional desagrega cuatro posibles formas de creación que son la intelectual, artística, técnica y científica. Cada una de ellas tiene ámbitos específicos.

La creación intelectual tiene como referente al desarrollo de las ideas en su sentido más vasto y en nuestro criterio incorpora a las otras tres formas indicadas en el texto. Si algo le es propio y no lo comparte con lo artístico, lo científico y lo técnico, es el desarrollo del pensamiento inteligente abstracto: la filosofía, las grandes síntesis, el desarrollo puro de la lógica, etc.

La creación artística es también intelectual porque se produce merced al conocimiento y a las técnicas humanas, pero incorpora otros elementos que van desde la habilidad motriz hasta la expresión de las más diversas emociones. La escultura, la pintura, el dibujo, la alfarería, el tejido, la música, el diseño, la danza, la literatura, el teatro son tal vez las más conocidas. Sin embargo, al compás del desarrollo tecnológico, se abren innumerables matices y nuevas formas de expresión que van enriqueciendo el arte de cada época. Evidentemente, el desarrollo de nuevas artes es parte de la creación artística en sí misma.

La creación científica que desarrolla la ciencia, entendida como el acervo de conocimientos y el método para desarrollarlos, sobre los más

diversos aspectos de la realidad. La ciencia es conocimiento puro de los fenómenos que nos rodean y conforme va desarrollando el ámbito de lo conocido, también va reformulando su manera de conocer. La interrelación dialéctica entre saber y método , en el sentido que cada uno de ellos hace avanzar al otro, es uno de los pilares de la creación científica.

La creación técnica que consiste en la habilidad para plasmar prácticamente el conocimiento de los seres humanos, tanto el científico como el artístico: convertirlo en reglas de buen actuar, en solución de problemas, en máquinas y herramientas, en objetos útiles, etc. La técnica tiene siempre una dimensión pragmática y en eso consiste su avance: puede no descubrir nuevas leyes ni conocimientos puros sobre la realidad, pero sí se los aplica con nuevas formas.

En base a este inciso del artículo 2 de la Constitución, queda establecido el derecho constitucional que toda persona puede reclamar en el Perú, de poder crear libremente en todas estas esferas. Es un derecho que, dado el caso, puede ser defendido con las garantías constitucionales establecidas.

A continuación, dice el inciso que la persona tiene derecho a la propiedad sobre sus creaciones y sobre el producto. La Constitución hace referencia en este punto a los derechos de propiedad intelectual que son tanto los derechos de autor, como la propiedad industrial, dos campos inmensos de desarrollo del Derecho y de los derechos de las personas en el mundo moderno.

La propiedad intelectual tiene reglas particulares y distintas a las demás por dos razones: los bienes de los que trata son inmateriales y, además, su importancia se pierde con el tiempo, sea por decisión de la ley aunque el bien no pierda vigencia en sí mismo (por ejemplo una creación musical o literaria), sea porque el desarrollo del conocimiento lo vuelve obsoleto (normalmente una patente o un diseño industrial quedarán sin posibilidad de uso en relativamente poco tiempo por la creación de nuevos procedimientos o por el desarrollo de nuevos conocimientos).

En la propiedad intelectual en general se distinguen dos aspectos, ambos cubiertos por la protección que se da aquí:

- El primero es el que se llama derecho moral y que consiste en la

atribución intelectual de la creación al ser humano al que se debe. Es el autor del libro, el escultor que elaboró la estatua, el pintor que hizo el cuadro, el inventor de un nuevo proceso productivo. Es un vínculo puramente intelectual entre autor y obra y no tiene significación económica alguna: es el derecho a que se diga que soy el autor de tal trabajo. Este derecho es imprescriptible: siempre que alguien toque la novena sinfonía Coral, tendrá que decir que es obra de Ludwig van Beethoven.

- El segundo es un derecho económico, que puede o no devengarse en la realidad, según se pueda o no utilizar la obra creada para obtener recursos económicos. Estamos hablando de la publicación del libro, de la exhibición de la escultura, de la ejecución de la pieza de música, etc. En todos estos casos, hay un derecho económico de autor que puede o no coincidir en quien tiene el derecho moral y esto se entenderá muy fácilmente: si yo escribo un libro y luego lo publico o hago publicar, el porcentaje correspondiente a los derechos económicos de autor me será pagado. Pero si alguien me contrató para escribir el libro para él, entonces yo tendré el derecho moral de figurar como autor, pero quién lo explotará económicamente es aquél que me contrató para que lo escriba. Lo propio sucede con los investigadores contratados en los laboratorios de investigación y desarrollo (R&D) de las grandes corporaciones: las patentes que desarrollen llevarán su nombre como inventores, pero los derechos económicos serán de la empresa que los contrató para investigar.

Tanto los derechos de autor como la propiedad industrial, han sido legislados el año 1996 en el Perú, sustituyendo normas que tenían decenios de vigencia.

Las principales disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, aprobada por Decreto Legislativo 822 promulgado el 23 de abril de 1996, son las siguientes:

«Decreto Legislativo 822, artículo 3.- La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.

Los derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad».

Decreto Legislativo 822, artículo 5.- Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

a. Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos.
b. Las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.
c. Las composiciones musicales con letra o sin ella.
d. Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general.
e. Las obras audiovisuales.
f. Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.
g. Las obras de arquitectura.
h. Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.
i. Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.
j. Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad.
k. Los programas de ordenador.
l. Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido.
m. Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios.
n. En general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse».

«Decreto Legislativo 822, artículo 6.- Sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autoriza-

ción, son también objeto de protección como obras derivadas siempre que revistan características de originalidad:

a. Las traducciones, adaptaciones.
b. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.
c. Los resúmenes y extractos.
d. Los arreglos musicales.
e. Las demás transformaciones de una obra literaria o artística o de expresiones del folklore».

«Decreto Legislativo 822, artículo 7.- El título de una obra, cuando sea original, queda protegido como parte de ella».

La Ley distingue los derechos morales y los patrimoniales del autor. Los derechos morales son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles y serán ejercidos por sus herederos a su muerte, mientras la obra esté en dominio privado, salvo disposición legal en contrario (artículo 21).

«Decreto Legislativo 822, artículo 22.- son derechos morales:

a. El derecho de divulgación.
b. El derecho de paternidad.
c. El derecho de integridad.
d. El derecho de modificación o variación.
e. El derecho de retiro de la obra del comercio.
f. El derecho de acceso».

«Decreto Legislativo 822, artículo 31.- El derecho patrimonial comprende, especialmente, el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
b. La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
c. La distribución al público de la obra.
d. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
e. La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo mediante transmisión.

f. Cualquier otra forma de utilización de la obra que no esté contemplada en la ley como excepcional derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa».

La propia ley define todos los derechos morales y patrimoniales.

El tiempo de protección del derecho patrimonial varía según la naturaleza de la obra (si es individual, colectiva, anónima, etc.) y está regulado entre los artículos 52 y 56. La regla general es la del artículo 52 que dice:

«Decreto Legislativo 822, artículo 52.- El derecho patrimonial dura toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento, cualquiera que sea el país de origen de la obra, y se transmite por causa de muerte de acuerdo a las disposiciones del Código Civil.

En las obras en colaboración, el período de protección se contará desde la muerte del último coautor».

Una vez vencido el plazo de protección del derecho patrimonial, la obra pasa al dominio público:

«Decreto Legislativo 822, artículo 57.- El vencimiento de los plazos previstos en esta ley implica la extinción del derecho patrimonial y determina el pase de la obra al dominio público y en consecuencia, al patrimonio cultural común.

También forman parte del dominio público las expresiones del folklore».

En lo que respecta a la Ley de propiedad industrial, aprobada mediante Decreto Legislativo 823, promulgado el 23 de Abril de 1996, las principales normas son las siguientes:

«Decreto Legislativo 823, artículo 3.- La protección reconocida por la presente Ley recae, entre otros, sobre los elementos constitutivos de la propiedad industrial que se detallan a continuación:

a) Patentes de invención;
b) Certificados de protección;
c) Modelos de utilidad;
d) Diseños Industriales;
e) Secretos industriales;
f) Marcas de productos y de servicios;
g) Marcas colectivas;
h) Marcas de certificación;
i) Nombres comerciales;
j) Lemas comerciales; y,
k) Denominaciones de origen».

La ley de Propiedad Industrial hace una detallada descripción de todos estos elementos y establece los procedimientos y condiciones de protección de cada uno de ellos. De las normas generales aplicables, tal vez vale la pena destacar en este comentario que el ejercicio de los derechos de propiedad industrial no se considera actividad monopólica:

"Decreto Legislativo 823, artículo 5.- El ejercicio regular de los derechos de propiedad industrial no puede ser sancionado como práctica monopólica ni como acto restrictivo de la competencia".

El inciso 8) del artículo 2 de la Constitución que venimos comentando, continúa diciendo que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión, norma que si bien es independiente de las anteriores, está vinculada con ellas en el sentido que todo lo que se crea intelectual, artística, científica o técnicamente, tiene que ver con el entorno cultural de la persona.

El acceso a la cultura tiene que ver en nuestro criterio con varios y distintos aspectos:

- En primer lugar, con el derecho a la propia cultura, al su respeto y desarrollo. Dos aspectos complementarios tiene la Constitución regulados en otros dispositivos: uno es el derecho a participar en la vida cultural de la nación, contenido en el inciso 17 del artículo 2, y el otro el derecho a la propia identidad étnica y cultural, contenido en el inciso 19 del mismo artículo 2. La pluralidad cultural del país hace necesario que convivan estas dos normas: la que hace participar y la que respeta las diversidades.

- También regulan este aspecto de nuestra vida nacional el artículo 89 que establece que el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y el artículo 17 que establece que el Estado preserva las manifestaciones culturales del país al tiempo que promueve la integración nacional.

- Complementario del derecho a la propia identidad cultural, pero vinculado a él, está el derecho a utilizar el propio idioma, tanto para expresarse ante las autoridades y la población en general, como para recibir instrucción. Normas respecto de ello en la Constitución son las siguientes: el inciso 19 del artículo 2 permite que todo peruano use su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete; el artículo 48 que establece que son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, lo son también el quechua el aymara y las demás lenguas aborígenes según lo establezca la ley; y, finalmente, el artículo 17 manda que el Estado fomente la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. También la misma norma manda preservar las manifestaciones lingüísticas del país.

- Los deberes del Estado y de otras instituciones para con la cultura pueden también encontrarse en las siguientes normas: el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución que manda al Estado proteger la pluralidad étnica y cultural de la Nación; la parte final del artículo 14 de la Constitución que manda que los medios de comunicación social colaboren con el Estado en la formación cultural de la sociedad; el artículo 21 que obliga al Estado a proteger el patrimonio cultural de la nación; el artículo 18 que establece entre las finalidades de la universidad la difusión cultural.

Todos y cada uno de estos derechos encuentran su sentido final en el derecho a la cultura, que puede ser protegido mediante las garantías constitucionales, tanto en su sentido genérico, como en todos los otros más específicos que hemos señalado.

Hubiera sido deseable que, al lado de estos derechos, la Constitución estableciera el derecho de toda persona a la educación porque, contemporáneamente, el conocimiento progresa a tal velocidad que los conceptos de educación básica obligatoria (y aún superior) son insufi-

cientes para la necesidades que tiene el ser humano de aprender incesantemente. La Constitución ha preferido tratar el tema educativo desde otra perspectiva, más institucional, que si bien es indispensable, no declara expresamente el derecho. En cierta manera, sin embargo, al haber derecho a la cultura, lo hay también a una de sus especies que es la educación. Sin embargo, como plasmación normativa esta disposición es imperfecta por esta carencia.

13. Artículo 2 inciso 9

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley. [...]».*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 protegió en términos genéricos este derecho con la fórmula transcrita a continuación:

"Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

2.- La seguridad personal y la del domicilio.

[...]".

Sus artículos 118 y 119 eran más específicos y establecían lo siguiente:

"Constitución de 1823, artículo 118.- Nadie puede allanar la casa de ningún Peruano, y caso que lo exija fundada é indispensablemente el orden público, se expedirá por el Poder Ejecutivo la orden conveniente por escrito que remitirá desde luego al juez que conozca de la causa, con la exposición de los datos que motivaron este procedimiento para que obre en el proceso".

"Constitución de 1823, artículo 119.- El agente que se excediere bien en la sustancia de la orden que indica el artículo anterior, bien en el modo de cumplirla, injuria la autoridad y la ley, y será castigado a proporción del abuso".

Las Constituciones inmediatamente siguientes expresaron la inviolabilidad del domicilio de forma más literaria. La de 1826 dijo:

"Constitución de 1826, artículo 145.- Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá entrar en ella, sino por su consentimiento: y de día solo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley".

Norma semejante vino en los artículos 155 de la Constitución de 1828; 155 de la Constitución de 1834 y 158 de la Constitución de 1839.

La Constitución de 1856 cambió la redacción a los términos en que se utiliza modernamente:

"Constitución de 1856, artículo 30.- Es inviolable el domicilio: no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandato escrito de juez ó de la autoridad encargada del orden público, cuya copia podrá exigirse".

Norma equivalente figuró en el artículo 31 de la Constitución de 1860 y en el artículo 29 de la Constitución de 1867. La Constitución de 1920, añadió la posibilidad de que los funcionarios de sanidad y de la municipalidad también puedan ingresar al domicilio:

"Constitución de 1920, artículo 31.- El domicilio es inviolable. No se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de Juez o de la autoridad encargada de conservar el orden público. Podrán también penetrar en el domicilio los funcionarios que ejecuten las disposiciones sanitarias y municipales. Unos y otros están obligados a presentar el mandato que los autoriza y a dar copia de él cuando se les exija".

Finalmente, la Constitución de 1933 volvió a la parquedad del segundo grupo de normas, pero sin establecer explícitamente que debía mostrarse la autorización y, en este sentido, protegió algo menos la inviolabilidad del domicilio habida cuenta de los excesos que se han cometido en el país:

"Constitución de 1933, artículo 61.- El domicilio es inviolable. No se puede ingresar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito y motivado del Juez o de la autoridad competentes".

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la Constitución de 1979 es el siguiente:

"ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

7.- A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o por mandato judicial, salvo el caso de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración. Las excepciones por motivo de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley [...]".

Las normas de ambas Constituciones son idénticas en este aspecto.

Análisis exegético

La inviolabilidad del domicilio es un derecho de antigua raigambre. Prueba de ello es que se halla consignado desde la primera de todas nuestras Constituciones.

También está reconocido en diversos instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice::

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre lo establece así:

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo IX.- Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio».

La Convención Americana sobre Derechos Humanos repite una norma de igual generalidad:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.-

[...]

2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Lo que queda claro de los instrumentos internacionales es que hay inviolabilidad del domicilio, y que deben existir instrumentos de garantía para protegerla. No añaden nada significativo en materia de contenido, esta vez, a las normas constitucionales del Perú.

El domicilio es un concepto jurídico legislado en el artículo 33 del Código Civil que dice:

"Código Civil, artículo 33.- El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar".

También puede existir la situación de varios domicilios alternativos:

"Código Civil, artículo 35.- A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos".

La Constitución protege ambos tipos de domicilios y, no sólo para personas naturales sino también para personas jurídicas.

La regla constitucional consiste en que nadie puede ingresar al domicilio de una persona, a menos que medie una de estas circunstancias:

- Que la persona que habita en dicho domicilio dé su autorización. Se entiende que la autorización para el ingreso válido la podrá dar cualquiera que habite en dicho domicilio y no solamente el dueño o el representante legal si se trata de una institución. Desde luego, cuando se trata de autorización dada por quien no es el propietario o representante legal, habrá que estar de todas maneras a la buena fe de quien ingresa, pues bien puede ocurrir que dicha persona sepa que tiene el ingreso prohibido y, sin embargo, aproveche como excusa que un sujeto de paso dentro de la casa, le haya abierto la puerta. Si en esta hipótesis luego, quien tiene la autoridad definitiva retira la autorización o la contradice, se entiende que aquél que ingresó deberá salir para seguir cumpliendo con este derecho que ahora comentamos.

- Que el juez emita autorización judicial, cosa que deberá ocurrir en ejercicio de sus competencias dentro de un proceso regular. En caso que no sea así, la orden habrá sido arbitraria y podrá eximirse el cumplimiento en atención al principio del debido proceso contenido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución.

- El caso de flagrante delito, que es aquel en el que el autor está realizando los hechos delictivos propiamente dichos, y mientras no ha huido o no se le ha perdido de vista. Si estos supuestos no se dan,

el delito ya no es flagrante y no se puede ingresar al domicilio a menos que se produzca alguno de los otros hechos que lo facultan.

- Grave peligro de que un delito se vaya a perpetrar. Esta situación se produce en dos hipótesis: la primera, que se sepa que existe un peligro real de comisión de delito (por ejemplo, se ha visto entrar al sospechoso), pero aún no se ha iniciado la comisión misma de la acción delictiva. La segunda, que se suponga como posibilidad que se está por cometer un delito, pero sólo deduciendo a partir de indicios, sin pruebas definitivas. En el primer caso la excepción a la inviolabilidad del domicilio funciona claramente. En el segundo no, y bien podría suceder que quien por equivocación invadió el domicilio ajeno, pueda ser sancionado.

- Además, el artículo prevé que la ley establezca motivos de sanidad o grave riesgo de otro tipo. En verdad esta es una causal tan ampliamente configurada, que la ley tendrá que ser elaborada con mucha cautela y con criterio restrictivo para garantizar de la mejor manera posible la inviolabilidad domiciliaria.

En cualquiera de las hipótesis en las que es posible ingresar al domicilio de una persona, la finalidad que debe cubrir quien lo hace es la de cumplir la misión o solucionar el problema del caso. No podrá aprovechar para realizar actividades no expresamente autorizadas en dicho domicilio. En caso contrario, incumplirá el mandato de inviolabilidad.

La inviolabilidad domiciliaria puede ser protegida mediante las garantías constitucionales establecidas.

La inviolabilidad del domicilio es un derecho que puede ser restringido durante el estado de emergencia, según el primer inciso del artículo 137 de la Constitución.

14. Artículo 2 inciso 10

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Este derecho se halla protegido ya desde la Constitución de 1823, aunque en ella sólo es declarado para las cartas, probablemente el modo de comunicación que era el único posible de violar sin que los interesados se dieran cuenta, según los avances técnicos de la época. No es extraño, por tanto, que la Constitución de 1828 estableciera responsabilidad funcionaria por las infracciones en la administración del Correo. Las transformaciones que se hicieron posibles con el avance tecnológico del siglo XX son visibles de manera clara en la redacción de la Carta de 1933 y, desde luego, en la de las dos siguientes.

Escueta como en otros casos, la Constitución de 1823 simplemente mencionó el Derecho:

"Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

4.- El secreto de las cartas.

[...]".

La Constitución de 1828 añadió la responsabilidad funcionaria por la violación del derecho y la puso en cabeza de la administración del Correo, en la tradición de que los derechos constitucionales son enfrentados al poder del Estado:

"Constitución de 1828, artículo 156.- Es inviolable el secreto de las cartas: la administración de Correos tiene la responsabilidad de esta garantía".

Al texto de la constitución de 1828, la de 1834 añadió la carencia de efecto legal de los documentos obtenidos con violación del derecho que tratamos:

"Constitución de 1834, artículo 156.- Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de Correos, ó de sus conductores, no producen efecto legal".

Los artículos 159 de la Constitución de 1839; 21 de la Constitución de 1856; 22 de la Constitución de 1860; 21 de la Constitución de 1867 y 32 de la Constitución de 1920 traen, en sustancia, las mismas normas que la de 1834 respecto de este tema.

La Constitución de 1933 avanza en la elaboración del derecho, tal como lo conocemos hoy en día. Decía:

"Constitución de 1933, artículo 66.- La correspondencia es inviolable. Las cartas y los papeles privados no pueden ser ocupados, interceptados ni registrados, sino por la autoridad judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley.

No producen efecto legal las cartas y los papeles privados violados o sustraídos".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente en la Constitución de 1979 es la siguiente:

"ARTICULO 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

8.- A la inviolabilidad y el secreto de los papeles privados y de las comunicaciones.

La correspondencia sólo puede ser incautada, interceptada o abierta por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. El mismo principio se observa con respecto a las comunicaciones telegráficas y cablegráficas. Se prohiben la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Las cartas y demás documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley(...)".

Los cambios más significativos de este texto de la Constitución de 1979 al respectivo de la de 1993 son los siguientes:

- La Constitución de 1979 hablaba de inviolabilidad y secreto de los papeles privados y las comunicaciones. La de 1993 se refiere con mayor comprehensividad a los *documentos privados*, cosa que alude a todo tipo de mensaje o texto, bajo cualquier posible forma. En este sentido, la Constitución de 1993 ha tratado mejor el tema en nuestro criterio.
- La Constitución de 1979 dijo que la correspondencia, las comunicaciones cablegráficas y telegráficas estaba protegida de incautación, intercepción o apertura. La Constitución de 1993 habla más propiamente de comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos para aludir tanto al fenómeno mismo de la comunicación,

como a los papeles u otros medios existentes para comunicarse. Es un tratamiento más completo.

- En la parte final, la Constitución de 1993 prohibe que la sustracción o incautación de documentos contables y administrativos pueda ser hecha sin orden judicial. Esta norma es una garantía que no estaba en la Constitución de 1979.
- Finalmente, la Constitución de 1979 prohibía expresamente la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas. El constituyente de 1993 borró la frase del artículo aunque, en la medida que las comunicaciones sólo pueden ser interceptadas por mandamiento motivado del juez nadie podría, válidamente, interferir teléfonos sin orden judicial. Es una garantía que hubiera sido mejor mantener en la Constitución por las prácticas que a menudo vemos en el país, particularmente en manos de organismos de inteligencia del Estado.

Como puede apreciarse, sobre este artículo original de la Constitución de 1979 hay varios cambios en general positivos y a favor de la Constitución de 1993, pero la eliminación del texto de prohibición de intervención de teléfonos es, en nuestro entender, un demérito para la nueva Constitución. Ahora, tampoco se podrá intervenir teléfonos clandestinamente con validez, pero sí se podrá hacer mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Con la Constitución de 1979 nadie podía autorizar válidamente las intervenciones telefónicas.

Análisis exegético

El derecho principal, luego desagregado en varias de sus especies, es el de la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. Este derecho tiene reconocimiento internacional:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.-

[...]

2.- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3.- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

Como en el caso del artículo anterior, las normas internacionales son escuetas y no añaden nada sustantivo a la Constitución. En este caso, la protección de ambos tratados se refiere a la correspondencia.

La protección que se da es del secreto y la inviolabilidad. Por secreto se debe entender que el contenido de las comunicaciones o de los papeles privados de una persona sólo puede ser conocido por ella y aquella o aquellas otras con las cuales deseó comunicarse. Hay que notar que el secreto de una comunicación de dos personas pertenece a las dos y exclusivamente a ellas. En otras palabras: las dos tienen derecho a saber el contenido de la comunicación, y sólo pueden transmitirlo a terceros con mutuo acuerdo. Si sólo uno de ellos hiciera de conocimiento de otros el contenido de la comunicación, en realidad estaría violando el secreto de su contraparte.

La inviolabilidad consiste en que las comunicaciones no pueden ser intervenidas, esto es, las cartas interceptadas, las ondas electromagnéticas estorbadas con transmisiones que las hagan inútiles para la comunicación; los teléfonos intervenidos, etc. La inviolabilidad no tiene que ver con el contenido sino con el proceso mismo de la comunicación o con la sustracción de los documentos privados.

Los objetos protegidos son las comunicaciones y documentos privados. Por comunicaciones debemos entender cualquiera de los posibles medios de intercambio de información e ideas de dos o más personas. Entran aquí desde la entrevista cara a cara, hasta las formas más sofisticadas de comunicación por instrumentos electrónicos, electromagnéticos, etc. Una comunicación, por definición es el intercambio de ideas entre un humano emitente y un humano receptor.

Los documentos privados son todo tipo de material que tiene contenido que puede ser inteligido por las personas. Hasta hace poco se hablaba de documentos escritos, pero hoy un disco de computadora también es un documento aún cuando sólo tiene señales digitales: a través de la computadora y del programa correcto, esos signos podrán ser convertidos a señales inteligibles por otro ser humano. En tanto tales serán también documentos. Aún las grabaciones de sonido, magnetofónicas o digitales, son documentos. Todos ellos, que no pueden ser enumerados taxativamente porque su variedad crece con el paso del desarrollo tecnológico, son susceptibles de recibir la protección de que habla este artículo.

Desde luego, la inviolabilidad y el secreto de que aquí tratamos son derechos del titular de las comunicaciones y documentos. Por consiguiente él puede autorizar su divulgación. El Código Civil trae una norma que regula éste y otros aspectos del asunto:

"Código Civil, artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte".

El artículo que acabamos de transcribir no tiene una elaboración feliz. Por ejemplo, una lectura poco atenta permitiría pensar que si no se trata de documentos de carácter confidencial o que se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, sí pueden ser interceptados. Esta interpretación a contrario sería abiertamente inconstitucional. El plazo máximo de cincuenta años que se establece en el párrafo final puede querer

decir que, luego de su expiración, cualquiera puede publicar las memorias, o que recién entonces los herederos podrán autorizar si lo tienen a bien (caso en el cual, probablemente, ya se trate de herederos de tercera generación, si finalmente han llegado a ser herederos de ese causante).

Hemos hecho un análisis de este artículo en otro trabajo y a él nos remitimos (151). Aquí añadiremos que, más allá de sus imperfecciones técnicas, el artículo 16 del Código Civil tiene una recta intención y que es perfectamente compatible con la Constitución, provisto que la interpretación que se haga sea cuidadosa y limpia lo que, como hemos visto, exigirá algún trabajo.

El segundo párrafo permite que el juez autorice la apertura, incautación intercepción o intervención de las comunicaciones y de sus instrumentos. Tendrá que tratarse de una orden dictada en ejercicio de sus competencias y dentro de un procedimiento regular. En caso contrario se estaría violentando la garantía del debido proceso contenida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución y se podría actuar en defensa de los derechos conculcados.

Sin embargo, la autorización judicial sólo permite utilizar la información estrictamente necesaria para la finalidad buscada. Por ello la Constitución dice que se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen. De aquí se deduce que el juez tendrá que poner especial cuidado en la motivación expresa de la resolución que autoriza romper el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos. Sólo gracias a dicha motivación se podrá poner el límite razonable a la información que se debe tomar.

El tercer párrafo quita efecto legal a los documentos privados que se obtengan violando los derechos aquí establecidos. Es una norma razonable, aunque no enmienda los efectos de hecho de la violación producida.

---

(151) Ver nuestro trabajo *El ser humano como persona natural.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 95-100.

Finalmente, en materia de documentos contables y administrativos, se establece la inspección o fiscalización de las autoridades competentes. Ellas son, entre otras, las autoridades tributarias, las comisiones investigadoras del Congreso y los magistrados judiciales. Sin embargo, de todos ellos, sólo el juez puede autorizar que sean retirados de donde se hallen, esto es, la sustracción o incautación.

Las facultades de fiscalización tributaria se hallan establecidas en el artículo 62 del Código Tributario. La norma es extensa y transcribiremos las partes que consideramos más importantes para este comentario:

"Decreto Legislativo 816, artículo 62.- FACULTAD DE FISCALIZACION

La facultad de fiscalización de la Administración Tributaria se ejerce en forma discrecional.

El ejercicio de la función fiscalizadora incluye la inspección, investigación y el control del cumplimiento de obligaciones tributarias, incluso de aquellos sujetos que gocen de inafectación, exoneración o beneficios tributarios. Para tal efecto, dispone de las siguientes facultades discrecionales:

1. Exigir a los deudores tributarios la exhibición de sus libros y registros contables y documentación sustentatoria, los mismos que deberán ser llevados de acuerdo con las normas correspondientes. Sólo en el caso que, por razones debidamente justificadas, el deudor tributario requiera un término para dicha exhibición, la Administración deberá otorgarle un plazo no menor de dos (2) días hábiles.

También podrá exigir la presentación de informes y análisis relacionados con hechos imponibles, exhibición de documentos y correspondencia comercial relacionada con hechos que determinen tributación, en la forma y condiciones solicitadas, para lo cual la Administración deberá otorgar un plazo que no podrá ser menor de tres (3) días hábiles.

[...]

3. Requerir a terceros informaciones y exhibición de sus libros, registros,

documentos, emisión y uso de tarjetas de crédito o afines y correspondencia comercial relacionada con hechos que determinen tributación, en la forma y condiciones solicitadas, para lo cual la Administración deberá otorgar un plazo que no podrá ser menor de tres (3) días hábiles.

4. Solicitar la comparecencia de los deudores tributarios o terceros para que proporcionen la información que se estime necesaria, otorgando un plazo no menor de cinco (5) días hábiles, más el término de la distancia de ser el caso.

5. Efectuar tomas de inventario de existencias y activos fijos o controlar su ejecución, efectuar la comprobación física, su valuación y registro; así como practicar arqueos de caja, valores y documentos, y control de ingresos.

Las actuaciones indicadas serán ejecutadas en forma inmediata con ocasión de la intervención.

6. Cuando la Administración presuma la existencia de evasión tributaria podrá inmovilizar los libros, archivos, documentos, registros en general y bienes en infracción, de cualquier naturaleza, por un período no mayor de cinco (5) días hábiles, prorrogables por otro igual.

Tratándose de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT y la Superintendencia Nacional de Aduanas - ADUANAS, el plazo de inmovilización será de diez (10) días hábiles, prorrogables por un plazo igual. Mediante Resolución de Superintendencia la prórroga podrá otorgarse por un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles.

La Administración Tributaria dispondrá lo necesario para la custodia de aquello que haya sido inmovilizado.

7. Cuando la Administración presuma la existencia de evasión tributaria, podrá practicar incautaciones de libros, archivos, documentos, registros en general y bienes en infracción, de cualquier naturaleza, que guarden relación con la realización de hechos imponibles, por un plazo que no podrá exceder de quince (15) días hábiles, prorrogables por quince (15) días hábiles.

«La Administración Tributaria procederá a la incautación previa autorización judicial. Para tal efecto, la solicitud de la Administración será motivada y deberá ser resuelta por cualquier Juez especializado en lo Penal, en el término de veinticuatro (24) horas, sin correr traslado a la otra parte.» (Texto según el artículo 3 de la Ley 26663).

[...]

9. Requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, que será prestado de inmediato bajo responsabilidad.

10. Solicitar información sobre los deudores tributarios sujetos a fiscalización a las entidades del sistema bancario y financiero sobre:

a) Operaciones pasivas con sus clientes, las mismas que deberán ser requeridas por el Juez a solicitud de la Administración Tributaria; siempre que se trate de información de carácter específica e individualizada. La solicitud deberá ser motivada y tramitada en el término de setentidós (72) horas, bajo responsabilidad.

b) Las demás operaciones con sus clientes, las mismas que deberán ser proporcionadas en la forma, plazo y condiciones que señale la Administración Tributaria.

[...]

Ninguna persona o entidad, pública o privada, puede negarse a suministrar a la Administración Tributaria la información que ésta solicite para determinar la situación económica o financiera de los deudores tributarios".

Para concluir, consideramos que el artículo 2 inciso 10 es una garantía adicional a las que establece el artículo 2 inciso 4 para las comunicaciones de información, opinión y expresión, y que ellas pueden amparar su derecho por las dos vías conjuntamente, y utilizando las acciones de garantía de que se trate en cada caso, sin perjuicio de las otras responsabilidades administrativas, civiles y penales.

15. Artículo 2 inciso 11

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. [...]».*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La libertad de tránsito existe desde temprano en nuestro constitucionalismo. El primer texto en mencionarla es la Constitución de 1826 y, si bien no es la redacción actual, puede ser claramente identificada con ella. Signo de que es un derecho consolidado desde los primeros tiempos. La prohibición de expatriación de peruanos fue establecida en 1834 y la regla con las características que hoy le conocemos, figura ya desde la Constitución de 1920.

La Constitución de 1826 dijo lo siguiente:

"Constitución de 1826, artículo 144.- Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República según le convenga, llevando consigo sus bienes, pero guardando los reglamentos de policía, y salvo siempre el derecho de tercero".

Norma de contenido sustantivamente similar tuvieron los artículos 154 de la Constitución de 1828; 148 de la Constitución de 1834, y 157 de la Constitución de 1839.

La Constitución de 1834 añadió, a la norma antedicha, el contenido de su artículo 149 que decía:

"Constitución de 1834, artículo 149.- Ningún Peruano puede ser expatriado sin previa condenación judicial, ni obligado a mudar de domicilio sin ella".

Norma similar trajeron la Constitución de 1860 en su artículo 20 y la de 1867 en su artículo 19.

La Constitución de 1856 prohibió la expatriación sin previa sentencia ejecutoriada, pero calló en lo respectivo a mudar de domicilio sin que tal sentencia se produzca:

"Constitución de 1856, artículo 19.- Nadie será expatriado ni extrañado sin sentencia ejecutoriada".

La Constitución de 1920 completa aún más las disposiciones sobre este derecho, al punto de hacerlo sustantivamente similar a la declaración actual:

"Constitución de 1920, artículo 29.- Es libre el derecho de entrar, transitar y salir de la República, con las limitaciones establecidas por las leyes penales, sanitarias y de extranjería".

"Constitución de 1920, artículo 30.- Nadie puede ser separado de la República, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería".

Los artículos 67 y 68 de la Constitución de 1933 trajeron normas que, en lo esencial, son iguales a las de 1920.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El inciso correspondiente en la Constitución de 1979 fue el siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

9. A elegir libremente el lugar de su residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razón de sanidad.

A no ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería (...)".

La redacción de las dos normas es algo distinta pero la protección es sustantivamente la misma. El segundo párrafo del inciso 9 del artículo 2 de la Constitución de 1979 era más explícito en la prohibición de la expatriación o de la separación, salvo mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. La Constitución de 1993 reúne todos los derechos en un mismo tratamiento: se prohibe conculcarlos salvo por razón de sanidad, mandato judicial o aplicación de la ley de extranjería. En otras palabras, las diferencias con la Constitución de 1979 son dos:

- En la Constitución de 1979 no se podía expatriar por razón de sanidad, en la de 1993 sí.
- En la Constitución de 1979 se decía que nadie podía ser expatriado ni separado del lugar de su residencia sino en los casos excepcionales contemplados. Sin embargo, el derecho de permanecer en el territorio o en el lugar de su residencia, ya está establecido al darse al inicio del inciso 11 de la Constitución de 1993, el derecho a *"elegir su lugar de residencia"*. Desde que puede elegirlo, no lo podrán obligar a salir de él, salvo por las tres razones ya indicadas (razón de sanidad, mandato judicial o ley de extranjería).

Análisis exegético

La libertad de fijar residencia y la libertad de tránsito, forman parte de la primera generación de derechos y su existencia en nuestro constitucionalismo se remonta a la de 1826. También han sido extensamente reconocidos en los instrumentos internacionales. La Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas trae dos normas al respecto. Dice:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9.- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado».

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13.-

1.- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2.- Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país».

Lo esencial de estos derechos está recogido en la Declaración, con la generalidad que le es característica: el derecho de libre circulación, el de elección de su residencia, y el de no ser desterrado.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos es más explícito dice:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 12.-

1.- Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

2.- Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3.- Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4.- Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

El primer apartado exige la permanencia legal en el territorio para tener los dos derechos de los que tratamos. Esta medida abre puerta para la toma de medidas de fuerza en los casos de ingreso o permanencia irregular de extranjeros en el territorio de un Estado y que siempre ha tenido como consecuencia la expulsión del territorio, cuando no una sanción por incumplimiento de normas de orden público.

En el párrafo segundo se establece el derecho de salir de cualquier país, incluso del propio. Nadie puede ser retenido dentro de un país. Desde luego, para realizar tal salida tendrá que cumplir los requisitos de procedimiento respectivos y contar con los documentos que le permitan viajar.

Autoriza excepciones pero establecidas previamente en la ley y con carácter de necesidad para la protección de los intereses allí señalados. En todo caso, estas excepciones deben ser compatibles con los demás derechos establecidos en el pacto.

En el cuarto párrafo establece una diferencia entre nacionales y extranjeros: el derecho consiste en que toda persona puede entrar a su país, derecho del cual no puede ser privada arbitrariamente. El derecho ha sido establecido para cada nacional en relación a su país; no para el ingreso de extranjeros a ningún país.

Sobre este tema O'Donnell aporta elementos de juicio importantes:

> Del texto del Pacto se desprenden dos excepciones al principio de igualdad entre la nacional y el extranjero, el consagrar los derechos políticos y el derecho a ingresar y establecer residencia en un país como derechos privativos de sus nacionales. No obstante, la exclusión de extranjeros del goce de este último derecho admite excepciones, pues como vimos en el capítulo 7, un extranjero puede beneficiarse del derecho de entrar o establecer su residencia en un país en circunstancias excepcionales, en razón de un riesgo de persecución inminente en su país de origen, o eventualmente por razones de unidad de la familia. El Comité ha señalado, además, que si bien el Estado puede establecer condiciones para el ingreso de extranjeros, ellas han de ser compatibles con los derechos consagrados por el Pacto como derechos inherentes a toda persona (152).

Consideramos que todas las medidas dictadas por el Pacto Internacional que hemos comentado hasta aquí son adecuadas y que completan el significado de las disposiciones de los otros tratados ya mencionadas, y también las de nuestra Constitución.

El Pacto Internacional también se refiere a la expulsión de extranjeros:

---

(152) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 386.

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 13.- El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

La norma está hecha en el filo de los conflictos internacionales pues bien se sabe que tras muchas de estas expulsiones se esconden sospechas de espionaje. De todas formas, el artículo ensaya unas estructuras de procedimiento, aunque sea administrativo, de manera que la persona pueda en la mayoría de los casos expresar sus puntos de vista antes de ser expulsada. Sólo se hace excepción a esto por razones imperiosas de seguridad nacional, esto es, por razones de importancia calificada en materia de seguridad. No bastará para negar el derecho de defensa, que hay un interés genérico de seguridad nacional. La norma nos parece de sentido correcto y positivo.

Sobre este tema también O'Donnell tiene comentarios sugerentes. El primero se refiere a la evolución histórica de la posición de los instrumentos internacionales sobre la materia:

> La expulsión de extranjeros es un tema que nos permite apreciar la evolución progresiva de los Derechos Humanos como acervo de valores humanos. Partiendo de las grandes Declaraciones de 1948, que no reconocen ninguna garantía a la expulsión de extranjeros, pues en aquella época esas garantías se consideraban contradictorias con las prerrogativas tradicionales del Estado en Derecho Internacional clásico, unos veinte años después llegamos al reconocimiento, por el Pacto Internacional y la Convención Americana, del derecho del extranjero a no ser expulsado sin cumplimiento de una serie de garantías (153).

---

(153) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 219.

Puede verse aquí como, al paso del desarrollo de los derechos humanos, se relativiza la dureza de la concepción soberana del Estado contemporáneo: los derechos humanos tendrán una primacía sobre las decisiones internas autárquicas porque son un valor por sí mismo que el Estado debe reconocer, pero que no otorga. Es la función de los derechos humanos como nuevo *iusnaturalismo*, que por tanto se convierte en regulador de la corrección o incorrección del derecho legislado y de las decisiones concretas que se adopte.

Y luego, el mismo autor recalca que el logro más importante en esta materia es el regular la expulsión de extranjeros: exigir una ley previa (y un procedimiento con derecho del agraviado a expresarse):

> La principal decisión del Comité con respecto a la expulsión de extranjeros se concentra en la norma fundamental común al Pacto Internacional y a la Convención Americana, según la cual la expulsión debe darse «en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley» (154).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dicta una norma genérica respecto de este tema:

«Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo VIII.- Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad».

El otro tratado internacional que da importancia al tema que nos ocupa es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dice:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.-

1.- Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

---

(154) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 221.

2.- Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4.- El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1) puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5.- Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6.- El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

[...]».

Los tres primeros apartados de la Convención Americana son iguales al articulado del Pacto Internacional comentado antes. En el cuarto apartado se establece una forma más de restricción: para casos en los que sea conveniente al interés público restringir el tráfico interno, en zonas determinadas de un país. Esto puede ocurrir, por ejemplo, entre una zona franca y el resto del territorio nacional. En el inciso 5 hay una norma igual a la del numeral 4 del artículo del Pacto Internacional antes mencionado, pero se añade en la Convención Americana que nadie puede ser expulsado del territorio de su Estado. Finalmente, el punto 6 de la Convención Americana, estableciendo que un extranjero con permanencia legal sólo podrá ser expulsado en base a una decisión adoptada de acuerdo a una ley previamente establecida.

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.-

[...]

9.- Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros».

Esta es una norma muy importante para salvaguardar los intereses de los extranjeros que, eventualmente, puedan pertenecer a un país que entra en conflicto con aquél en el que residen. La expulsión masiva, como la que ocurrió por ejemplo en la Segunda Guerra Mundial, es arbitraria e injusta con las personas, las que no sólo pierden sus derechos y son humilladas, sino que inclusive se las priva arbitrariamente de sus bienes materiales.

Finalmente, entre las normas que comentamos por estar ratificadas por el Perú, está la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en su artículo 15 establece que no habrá discriminación con las mujeres en los derechos de elección de residencia y de libre circulación:

> «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 15.-
>
> [...]
>
> 4.- Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio».

De la revisión de textos internacionales, los aportes principales al contenido de nuestra Constitución en este inciso 11 del Artículo 2 son los siguientes:

- Nadie podrá ser arbitrariamente desterrado.
- Los extranjeros deberán hallarse legalmente dentro del país para ejercitar sus derechos de fijación de residencia y libre circulación.
- Estos derechos sólo pueden ser restringidos en virtud de ley previa y sólo en ciertas hipótesis que afecten intereses públicos, indicadas en los propios instrumentos internacionales.
- No se puede privar a nadie de entrar en su propio país.
- El extranjero que esté legalmente en un país sólo podrá ser expulsado mediante una decisión tomada de acuerdo a ley y, salvo que

haya imperiosas necesidades de seguridad, deberá haber un procedimiento en el que se le de la oportunidad de defensa antes de tomar y ejecutar la decisión final.

- En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se permite la restricción de la circulación interna dentro de un país por razones de interés público.
- Se prohibe la expulsión colectiva de extranjeros.
- No se puede expulsar a nadie del territorio del Estado del que se es nacional.

Como en otros casos, aquí también consideramos que estas normas son parte del derecho peruano y que tienen rango constitucional, por lo que podrán ser defendidas mediante las garantías constitucionales establecidas.

La última parte del inciso 11 del artículo 2 de la Constitución, permite limitar estos derechos por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

Las razones de sanidad tienen que ver, principalmente, con el peligro de ingreso de enfermedades del exterior. Es práctica de ciertos países exigir una vacuna determinada (llamada *vacuna internacional)* como requisito de ingreso. Quien no se la ha puesto podrá recibirla en el lugar de arribo, eventualmente sujeto a una cuarentena, y quien decide no ponerse la vacuna no ingresará al país que la exige. También puede haber otras restricciones debido a epidemias de ocasión.

El juez podrá restringir estos derechos sólo en ejercicio de sus competencias dentro de proceso regular. En caso que no fuera así, estaría incumpliendo con la garantía del debido proceso establecida en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, y procedería la defensa de estos derechos a través de una garantía constitucional.

En el caso de la ley de extranjería, se trata de la expulsión de los extranjeros que incumplen las normas de ingreso o permanencia en el país. En el Perú, en la actualidad, existen dos normas que regulan estos aspectos.

La de mayor jerarquía es el Decreto Legislativo 703 del 05 de no-

viembre de 1991, Ley de Extranjería del Perú, que establece las normas que regulan todas las condiciones de la migración de los extranjeros al país. Trata, en especial, de las prohibiciones e impedimentos de ingreso al país, de los asilados y refugiados, y de las sanciones entre las que se cuentan la salida obligatoria, la cancelación de la permanencia o residencia y la expulsión. Sus normas más importantes en relación a los derechos que ahora tratamos son las siguientes:

«Artículo 62.- La salida obligatoria procederá cuando el extranjero admitido se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y excedido del plazo para la regularización establecido en el Reglamento de Extranjería. La salida obligatoria conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional».

«Artículo 63.- La cancelación de la Permanencia o Residencia, procederá:

1. Por realizar actos contra la Seguridad del Estado, el Orden Público Interior, la Defensa Nacional.

2. Por no disponerse de los recursos económicos que permitan solventar los gastos de permanencia o residencia en el territorio nacional.

3. Por haber sido sentenciado por un Tribunal peruano a pena de prisión o pena mayor, al obtener su libertad».

«Artículo 64.- La expulsión del país procederá:

1. Por ingreso clandestino o fraudulento al territorio nacional.

2. Por mandato de la autoridad judicial competente.

3. A quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia o residencia y no haya abandonado el territorio nacional».

Entre los artículos 44 y 54, este Decreto Legislativo trata la condición de asilados y refugiados. Sus principales normas son las siguientes:

- El Ministerio de Relaciones Exteriores otorga la calidad de asilado político y refugiado y determina la pérdida de la misma (Artículo 44).

- La visación temporal que se da a los refugiados tendrá una duración de hasta 180 días, prorrogables hasta un año. La visación de residentes para los asilados o refugiados tendrá duración de un año, prorrogable anualmente (artículos 45, 46 y 47). Tanto asilados como refugiados pueden solicitar cambio de calidad migratoria o de visa (artículo 48).

- Los asilados o refugiados y sus familiares podrán salir temporalmente del país con autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores sin pérdida de tal condición, pero ella quedará en suspenso mientras dure la ausencia (artículo 50).

- La salida no autorizada del territorio nacional o el no reingreso dentro del plazo autorizado, el incumplimiento de las normas de asilo o refugio o la caducidad de las razones que dieron razón a tal condición, son causal de pérdida de la condición respectiva (artículo 51).

El otro dispositivo es la Resolución Ministerial 0548-95-IN del 09 de mayo de 1995, que establece los procedimientos para la aplicación de sanciones a extranjeros que infrinjan la Ley de Extranjería.

La parte pertinente a nuestro objeto de trabajo es la siguiente:

«III.- Disposiciones generales.

A. De las Sanciones.

[...]

2. Salida obligatoria

- Procederá por encontrarse en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia excedido en el plazo de regularización establecido por ley. Conlleva el impedimento de ingreso al territorio nacional.

3. Cancelación de permanencia o residencia

Procederá:

a) Por realizar actos contra la seguridad del Estado, el orden público y la defensa nacional.

b) Por no disponer de recursos económicos.

c) Por haber purgado pena de prisión establecida por sentencia judicial condenatoria.

4. Expulsión:

Procederá:

a) Por ingreso clandestino o fraudulento.

b) Por mandato de Autoridad Judicial competente.

c) Por incumplimiento de las sanciones de salida obligatoria o cancelación de permanencia o residencia, al no haber abandonado el territorio nacional».

A continuación, se establecen procedimientos de ejecución de las sanciones que contemplan etapas puramente administrativas dentro del Ministerio del Interior y con la participación de la Policía Nacional en la ejecución.

Aparece razonable decir que las reglas establecidas son conformes a los dispositivos contenidos tanto en la Constitución del Estado, como en los instrumentos internacionales que tratan sobre el tema. Adicionalmente, siempre se podrá utilizar en el Perú las garantías constitucionales para abordar estos problemas. Precisamente, un caso que se hizo clásico en el Perú, tanto por la forma en que fue procesado por el Poder Ejecutivo de entonces, como por la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales amparando el Hábeas Corpus interpuesto, fue el de un ciudadano chileno, Luis Hernán Liberona. Transcribimos las partes más importantes de dicho fallo:

"[...] nuestra Carta Magna debe estar por encima de todo ordenamiento jurídico y requiere contar con los medios necesarios para ser respetada y cumplida, sometiendo el control de la constitucionalidad al Poder Judicial, que se erige como el mejor baluarte y vigilante de la observancia estricta de los derechos ciudadanos, que alcanza tanto a peruanos como extranjeros residentes en nuestro territorio; que, debe anotarse que la doctrina enseña que la interposición del Hábeas Corpus, constituye una acción de garantía de la libertad personal, frente al Poder Público, cuando éste la afecta en alguna forma y siempre que la conculcación u obliteración implique una ilegalidad (en el caso sub materia la supuesta aplicación del Reglamento de Inmigración que no puede oponerse a la Constitución ni a la Ley que regula dicho recurso), debiendo entenderse que proviene de un acto o hecho que no tiene ningún respaldo en norma vigente; que, las razones esgrimidas por el señor Ministro del Interior en la citada diligencia obrante de fojas once a catorce, en el sentido que la denominada Junta Calificadora de Extranjeros había cancelado la visa de no inmigrante residente a Luis Hernán Liberona Clerck, por haber realizado actividades políticas, por razones de seguridad y por haberse aplicado la ley de Extranjería, siendo detenido, sometido a investigación policial y ordenándose que abandone el país, resultan inconsistentes toda vez que el artículo doscientos treintitrés de la Constitución Política del Perú, señala en su inciso primero que constituye una garantía de la administración de justicia "la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional" y agrega que "no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente con excepción de la arbitral y la militar"; que, tampoco se explica que a pesar de haber conocido el Ministro del Sector Interior, el día trece de enero de mil novecientos ochentitrés, que existía en pleno trámite una Acción de Hábeas Corpus en favor de la citada persona, haya consentido que la autoridad policial procediese a extrañarla no obstante, también, de encontrarse con residencia autorizada hasta el veinticuatro de abril de mil novecientos ochenticinco; que, igualmente, no se ha acreditado que Luis Hernán Liberona Clerck estuviese dedicado a actividades relacionadas con el delito de terrorismo [...]". (Resolución del Décimo Tribunal Correccional de Lima del 28 de enero de 1983 en la acción de Hábeas Corpus seguida por Luis Hernán Liberona Clerck contra el Ministro del Interior y otros).

En nuestro criterio, en este caso la resolución establece ciertos principios importantes que es necesario rescatar:

- El caso consiste en un extranjero al que se le retira la residencia y se le extraña del país. La autoridad judicial declara su derecho a la libertad y a reingresar al país en el momento en que lo estime conveniente.

- Establece que la regla de conducta del Poder Ejecutivo debe ser no modificar la situación de alguna persona mientras se ha interpuesto un Hábeas Corpus y no se ha resuelto, que era el caso en estos hechos.

- Ratifica lo que ya está dicho implícitamente en la Constitución: que los derechos fundamentales corresponden tanto a peruanos como a extranjeros. La sentencia se refiere a los *extranjeros residentes* porque ésa era la condición del agraviado en este caso pero, en verdad, para nosotros basta que el extranjero se halle en el Perú para que goce de los derechos constitucionales (excepto, desde luego, de aquellos para los cuales se requiere una condición especial como, por ejemplo, la nacionalidad peruana o la ciudadanía).

Aún cuando este caso se resolvió bajo la Constitución de 1979, estimamos que sus consideraciones son perfectamente aplicables a la de 1993.

Hasta aquí la normatividad. Ahora bien, la experiencia acumulada ha mostrado varias formas, más o menos sutiles, de violación de estos derechos de libertad de fijar residencia y de libre tránsito. Reseñamos a continuación los más importantes que hemos encontrado:

> El Grupo de Trabajo Ad Hoc establecido por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en 1974 para investigar violaciones de derechos humanos en Chile, concluyó, en un informe publicado en 1978, que el gobierno practicaba la política de privar a determinados chilenos del derecho a volver a su patria, en violación del artículo 14 de la Declaración Universal. Según el Grupo Ad Hoc esos derechos fueron negados mediante tres métodos, a saber: la expulsión, calificada por el Grupo como violación «absoluta», y el

«destierro condicional» y el «exilio coactado», considerados por el Grupo como «violaciones condicionales de este derecho» (155).

El destierro estrictamente hablando que es la expulsión de nacionales y que se denomina por el Grupo *violación absoluta* de manera correcta al estar expresamente prohibida por los pactos internacionales como hemos visto. Sobre el denominado *destierro condicional* dice O'Donnell:

> La segunda de las prácticas mencionadas, designada por el Grupo Ad Hoc «destierro condicional», corresponde a lo que en algunos países es conocido como derecho de opción, es decir, el derecho del preso político a optar por el exilio en vez de la detención o pena de prisión. La actitud de los órganos internacionales frente a esa figura jurídica no está exenta de ambigüedades. En su informe de 1975, por ejemplo, el Grupo Ad Hoc la calificó de violación del derecho de residir en la patria, mientras que en otras ocasiones ha pedido al gobierno que libere los presos políticos para que éstos puedan exiliarse. La Comisión Interamericana, por su parte, en algunas ocasiones ha criticado el incumplimiento del derecho de opción, reconocido constitucionalmente en varios países del continente.
>
> Esa ambivalencia se explica en parte por el hecho de que la petición de los órganos internacionales a los gobiernos para que respeten ese derecho, a menudo se fundamenta en consideraciones humanitarias, que no pueden, por lo tanto, ser interpretadas como un reconocimiento de la legitimidad de la medida en general. En nuestra opinión, la compatibilidad de esa medida con los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional debería evaluarse en base a una serie de consideraciones, entre ellas, el lugar que ocupa esa práctica en el derecho interno; la situación del sujeto, es decir, si es detenido o sentenciado; los motivos de su detención o sentencia, y el respeto de las garantías judiciales en el proceso correspondiente (156).

---

(155) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 211.

(156) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 212.

La ambigüedad que encuentra O'Donnell es correcta: por un lado se señala que el nacional no puede ser desterrado y, por el otro, ante la situación de muchos nacionales en detención arbitraria o con peligro para otros derechos humanos, se pide que se les pueda dar la opción de salir al extranjero. Nosotros sobre esto pensamos que los problemas se hallan en dos niveles distintos.

El primer nivel, *absoluto* por llamarlo de alguna manera, consiste en que nadie debe desterrar a sus nacionales, y que tampoco debe aprovechar la circunstancia de que estén en su territorio para violentar sus otros derechos humanos. Esto es lo que en rigor debiera suceder.

El segundo nivel ocurre cuando ya de hecho se están produciendo violaciones de derechos humanos y las personas están encarceladas, cuando no sufriendo otras vejaciones adicionales. En estas circunstancias, el mal menor es pedir la posibilidad de que salgan al extranjero. Sin embargo, son dos situaciones distintas y, como dice O'Donnell, este segundo pedido en ningún caso legitima que se violenten los derechos: es una reacción de emergencia, ante una situación excepcional e irregular que no puede ser solucionada de otra manera por las condiciones políticas y sociales que prevalecen en el país de que se trate.

En síntesis, en nuestra opinión la posición correcta es la que llamamos *absoluta*, pero nada impide que, sin reconocer validez a las violaciones existentes contra los derechos humanos en un país determinado, se pida que la situación excepcional que dicha violación produce, se solucione dando la opción de permanecer detenido o salir al extranjero.

La tercera forma de violación mencionada por O'Donnell era el exilio coactado. De ella dice:

La mención por el Grupo Ad Hoc a la tercera forma de violación del derecho del volver a la patria, representa un valioso aporte a la doctrina, pues significa que el Estado no puede condicionar el ejercicio de este derecho. En otro informe, el Grupo Ad Hoc explicó que la declaración exigida por el gobierno a los nacionales que pretenden ejercer el derecho de volver a su patria y en la que se comprometen a respetar «el régimen establecido, el receso político, y las leyes vigentes», son incom-

patibles con la libertad de pensamiento, de expresión, de asamblea y de asociación" (157).

La crítica del autor a esta forma de exilio es correcta: no se puede exigir a ninguna persona que, como condición de admisión a su país, se comprometa a no ejercitar sus derechos democráticos. Esta es en esencia la problemática que permanece detrás de la figura ya que la participación política es un derecho establecido y caracterizado, tanto como lo es la libertad de tránsito. Por ello, lo correcto es que los dos derechos sean perfectamente aplicables, y no que el reconocimiento de uno dependa de la negación del otro.

También indica O'Donnell que la negación del pasaporte ha sido considerada por la Comisión Interamericana como una forma de vulnerar el derecho del libre tránsito:

> La Comisión Interamericana, por su parte, ha declarado que la negativa de proporcionar un pasaporte válido a un nacional, constituye una violación del derecho de residencia y tránsito reconocido en el Artículo VIII de la Declaración Americana. La fundamentación de la Comisión a la anterior decisión es la siguiente:
>
> «Que la denegatoria del pasaporte en forma injustificada e ilegal a una persona es, en cierta forma, imponerle una *capitis diminutio*, desposeerlo del documento que hace constar su nacionalidad, impedirle viajar fuera de su patria, obligarle a que, por fuerza de esta circunstancia, se mantenga dentro del país y sometido a las autoridades que lo constriñen a ello, y es por tanto violar el derecho que reconocen a la persona humana el Artículo VII de la Declaración Americana de Bogotá y el Artículo 13 de la Declaración Universal de París, no obstante que en ninguno de esos documentos se mencione expresamente el derecho al pasaporte como conse-

(157) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 212.

cuencia lógica del derecho a salir del país natal y regresar a él" (158).

Efectivamente, la negativa a facilitar el pasaporte es, en la práctica, un impedimento a la libertad de circulación internacional. Si bien puede ser solucionada en parte por salvoconductos que emiten organismos internacionales ante casos de flagrante violación de este derecho, la libertad de la persona si no anulada, queda sustantivamente restringida. En el caso del Perú, es bueno recordar que el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución prohibe privar del derecho de obtener o renovar pasaporte, dentro o fuera del territorio.

También en el caso de la dictadura chilena del Gral. Pinochet, se encontró como violación de la libre circulación, y en ciertos casos también de la libertad individual, la relegación de personas a vivir en cierto lugar, sin poder movilizarse:

> Tanto el Comité de Derechos Humanos como la Comisión Inter-americana han condenado la práctica de la relegación, también conocida como «permanencia obligada», «residencia compulsoria', «proscripción administrativa» o «exilio interno». En dicho estudio sobre Chile, la Comisión consideró que cuando las condiciones de relegación son extremadamente rigurosas, se viola no sólo la libertad de circulación y residencia, sino también la libertad personal. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha declarado que la existencia de condiciones rigurosas en el lugar de relegación pueden ser violatorias del derecho de las personas privadas de libertad a tener un trato humano y digno, consagrado por el Artículo 10(1) del Pacto Internacional (159).

Inversamente, sí se ha considerado compatible con la libertad de circulación y de fijación de residencia, el restringir el ingreso a zonas re-

---

(158) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, pp. 215-216.

(159) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, pp. 217-218.

servadas para indígenas a las personas que no forman parte de dicho grupo humano:

> Otra restricción a la libertad de circulación y residencia cuya compatibilidad con la normativa internacional ha sido reconocida tanto por la Comisión Interamericana como por el Comité de Derechos Humanos, es la prohibición de la instalación o el ingreso de no indígenas en territorios reservados para el uso u ocupación exclusiva de indígenas. La licitud de esa restricción ha sido reconocida expresamente por la Comisión Interamericana en el caso de los Yanomani y por el Comité de Derechos Humanos en el caso Lawless [...] (160).

Es evidente que en este caso se pretende proteger la afinidad cultural y étnica del grupo que está ubicado en dicho lugar, en aplicación de otro derecho ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales. Parece claro que aquí estamos ante un enfrentamiento de dos derechos: el de libre circulación de quien quiere instalarse en la zona reservada, y el de preservación de la identidad étnica y cultural del grupo. Es razonable inclinarse por proteger el derecho del grupo frente a una pretensión que, aunque legítima, es individual.

En el Perú hubo, además, un caso de grandes repercusiones en el ámbito del derecho de libre circulación: fue el denominado *impuesto de salida*, que se estableció para gravar el hecho de que un peruano viajara al exterior.

Una resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales en 1985, se ocupó del asunto:

"Se vulnera o amenaza el derecho que reconoce el primer acápite del inciso noveno del artículo segundo de la Constitución Política cuando, sin causa legal, una autoridad o funcionario público impide, o, de manera cierta e inminente, se propone impedir, que una persona salva o entre del territorio nacional. Si el acto de esa autoridad o funcionario

---

(160) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 217.

sólo consiste en exigir, como en el presente caso, que esa persona, para salir al extranjero utilizando los servicios que para el efecto prestan las instalaciones y el personal del Aeropuerto Internacional, pague previamente, el tributo racional establecido en la Ley número veinticuatro mil treinta, de financiamiento del Presupuesto del Gobierno Central, de acuerdo con los artículos ciento treintiocho, ciento treintinueve, ciento ochentisiete, primera parte, y ciento noventisiete de la Constitución, es evidente que no hay violación ni amenaza de violación del derecho constitucional indicado. Por lo contrario, se infringiría el artículo setentisiete de la Constitución, según el cual: "todos tienen el deber de pagar los tributos que les corresponden y de soportar equitativamente los cargos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos" si se hiciera recaer el sostenimiento de éstos, no preferencialmente en quienes los aprovechan, sino en la población general, incluidos quienes no los utilizan, mediante los ingresos, presupuestales comunes. En consecuencia, la acción de Hábeas Corpus interpuesta por don Francisco Igartua Rovira, si bien no es improcedente, sí es infundada [...]". (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 4 de junio de 1985 en la acción de Hábeas Corpus interpuesta por Francisco Igartua Rovira contra la Dirección General de Migraciones del Ministerio del Interior).

La discusión sobre el impuesto que se estableció para los viajes al exterior generó más de una acción de amparo. Se sostuvo que por lo significativo de su monto para aquél tiempo, impedía la libre circulación hacia el exterior por vía aérea. La resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales que citamos, contrapone a la obligación tributaria indicada el deber de pagar los impuestos y, sobre todo, de pagar las tasas contra los servicios específicamente prestados. Queda, sin embargo, el problema de que el alto monto del tributo era una barrera para muchos peruanos de escasos recursos. El asunto fue argumentado por el vocal Manuel Aguirre Roca en su voto singular dentro del mismo caso: "Si la exigencia del pago de los 50 dólares, sobre todo en un país como el nuestro donde el sueldo mínimo vital está en los dólares 7 (siete), hace peligrar el derecho constitucional de libre tránsito hacia el extranjero, o, en todo caso, constituye una limitación al ejercicio de dicho derecho, incompatible con el artículo 2 inciso 9 de la Constitución del Estado (y si se considerase que no constituye una tal limitación, indicar en virtud de qué normas y(o razones lógico-legales, dicha limitación no se produce, ya que, prima facie, si se produce). Para resolver este punto, debe tenerse

presente que un desembolso equivalente a siete sueldos vitales, no tiene carácter ni de estímulo ni de facilidad y que, además, no está permitido el uso del camino indirecto para alcanzar el fin prohibido por la vía directa [...]".

Consideramos que estos argumentos deben ser tomados en cuenta para resolver problemas constitucionales como el que tratamos porque una condición de pobreza generalizada en la población puede bien hacer que la libertad de tránsito sea efectivamente conculcada con un impuesto, por lo demás, de valor desmedido en general, en comparación con los que se fijan en otros Estados, y también desmedido en relación a los ingresos promedio de la población como indica Aguirre Roca. Desde luego, la jurisprudencia sentada como principio fue la del voto mayoritario del Tribunal.

También estimamos que, al margen de nuestra discrepancia y del cambio de Constitución, esta resolución puede ser aplicada al texto de la de 1993.

Francisco Eguiguren comenta el asunto y opina por la inconstitucionalidad del impuesto:

> En cuanto al denominado impuesto de salida, consideramos que sí resultaba violatorio de la Constitución, pues suponía una limitación indebida al libre tránsito, gravando genéricamente y, con ello, restringiendo el ejercicio del derecho a viajar fuera del país. Tratándose de un impuesto, carecía de todo correlato con la prestación de algún servicio al viajero, ni guardaba relación de costo con el supuesto beneficio, o consideración al distinto medio de transporte y a la infraestructura del puesto migratorio utilizados para el viaje.
>
> Discrepamos por ello de la jurisprudencia que desestimó los Hábeas Corpus promovidos contra el pago de este impuesto, aduciendo que debía abonarse por provenir del mandato de una ley vigente o en cumplimiento de la obligación constitucional de pagar tributos y solventar el costo de los servicios públicos. También del criterio que negaba al Hábeas Corpus la naturaleza de vía adecuada para discutir y pretender la protección de este derecho, pues la

Constitución y la Ley 23506 hacen viable exigir el libre tránsito aún cuando el hecho violatorio se sustente en una ley incompatible con el texto constitucional, cuya inaplicación se apreciará y determinará en el caso concreto.

El Hábeas Corpus supone necesariamente que el juez deba realizar un examen de razonabilidad sobre el fundamento constitucional y la justicia de la restricción alegada con respecto al derecho. Por ello tampoco compartimos el criterio jurisprudencial que, al producirse la derogación del impuesto de salida y su sustitución por una aparente tasa de US$ 30 por servicios a quien viaja al exterior, se haya limitado a desestimar el Hábeas Corpus alegando que tal tasa tiene sustento legal, o que no limita el libre tránsito sino que conlleva un simple requisito a cumplir por el viajero (161).

Compartimos plenamente los argumentos de Eguiguren y, por consiguiente, consideramos que el impuesto restringía la libertad de tránsito y que el Hábeas Corpus era vía adecuada para protegerse de esta violación. También compartimos los argumentos de carácter sociológico del vocal Manuel Antonio Aguirre Roca, a los que les bastan unas pocas cifras elementales para demostrar que una amplia parte de la población peruana se veía imposibilitada de viajar al exterior con dicho impuesto.

Finalmente, existe otra resolución jurisdiccional interesante sobre el tema de libre circulación, esta vez, dentro del territorio nacional:

"Señala el accionante, que se está restringiendo el derecho de los socios de su representada al libre tránsito, que se encuentra reconocido por los artículos segundo, inciso noveno, ciento veintiocho y doscientos noventicinco de la Constitución de mil novecientos setentinueve, concordantes con el Artículo doce inciso noveno de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley número veintitrés mil quinientos seis.

---

(161) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La libertad de tránsito en la jurisprudencia de Hábeas Corpus.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 154.

Que la Acción de Hábeas Corpus, procede en los casos que se vulnere la libertad individual o derechos conexos, siendo uno de ellos el de transitar libremente por el territorio nacional.

Que con los impedimentos mencionados en la parte relativa a los antecedentes de la presente resolución se ha limitado el paso de personas y vehículos por la vía pública, como puede apreciarse por el mérito de las certificaciones expedidas por la Comisaría de La Molina, que obran en el expediente, habiéndose vulnerado el derecho de libre tránsito consagrado en la Constitución del Estado, en su Artículo segundo, inciso once, concordante con el Artículo doce, inciso noveno de la Ley número veintitrés mil quinientos seis, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

Que a mayor abundamiento por Resolución número doscientos cincuentisiete-noventidós, de la Secretaría Municipal de Transporte Urbano de la Municipalidad de Lima Metropolitana, se resolvió prohibir el uso de rejas, tranqueras, hitos de concreto, cilindros o cualquier artefacto para impedir el libre tránsito vehicular o peatonal en todas las vías públicas de la provincia de Lima, salvo en los casos que, por real necesidad estratégica de seguridad sean autorizados por dicha Secretaría; resolución que se encontraba vigente al momento de ocurrir los hechos materia de la presente acción y que no fue respetada por los demandados.

Que mediante Edicto número cero cero siete/MDLM-A/ochenticinco, la Municipalidad de La Molina aprobó el Reglamento para el Uso de Barreras y Casetas de Vigilancia, señalando en su Artículo sexto incisos d(y e) que son requisitos previos a la calificación del tránsito de Licencia de instalación de una o más barreras, que las mismas no se encuentren ubicadas en arterias principales, como avenidas y vías de tránsito rápido, ni en vías de paso obligatorio a otros sectores, si éstas son únicas, o con alternativas en mal estado o dificultades de acceso, no existiendo en el expediente documento alguno que acredite que dicha Municipalidad autorizó a la urbanización Las Lomas de La Molina a la construcción de las mismas.

Por estos fundamentos el Tribunal Constitucional.

FALLA:

Revocando la sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que corre a fojas treinta y cuatro, su fecha once de junio de mil novecientos noventa y tres, que confirma la de la Décima Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Lima, la que a su vez deniega el Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por el accionante; Reformándola: Confirmaron la sentencia de la Juez Especializada en lo Penal, corriente a fojas cuarenta y tres, su fecha siete de abril de mil novecientos noventa y tres, que declara fundado el Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por el accionante contra el Presidente de la Asociación de Propietarios de la urbanización Las Lomas de la Molina Vieja». (Sentencia del Tribunal Constitucional dictada en Arequipa el 7 de agosto de 1996 en el Hábeas Corpus interpuesto por Valerio L. Mamani Huarcaya, Presidente de la Cooperativa de Vivienda Constructora Ltda., contra Gino Kaiserberger Abate, Presidente de la Asociación de Propietarios de la urbanización Las Lomas de La Molina).

En esta resolución, el Tribunal Constitucional aborda el tema de las rejas y tranqueras establecidas por los vecinos en la vía pública. Los aspectos más resaltantes del tema son a nuestro juicio los siguientes:

- Que en principio dichos obstáculos afectan el derecho de libre tránsito de las personas.

- Que esta afectación es más clara aún si los obstáculos están ubicados en arterias principales o de paso obligatorio a otros sectores si son únicas o con alternativas en mal estado o con dificultades de acceso.

- Que ello es tanto más cierto si violenta una resolución de la Municipalidad de Lima Metropolitana que impedía colocar tales obstáculos, salvo los casos de necesidad, cosa que no se ha probado sea aplicable a este caso.

- Que, además, estos obstáculos son contrarios al derecho de libre tránsito si no se cumplen las disposiciones administrativas de solicitud de permiso según las reglas del municipio distrital.

El Tribunal ha considerado que todos estos elementos juntos determinan la procedencia del Hábeas Corpus contra la libertad de tránsito interpuesto.

De la resolución del tribunal, sin embargo, no puede apreciarse ninguno de estos dos elementos fundamentales en nuestro criterio:

- Si el edicto del Concejo Distrital de La Molina que autoriza a establecer rejas y tranqueras en el distrito cuando no se afecte vías principales o estratégicas, es constitucional o no en sí mismo. Da la impresión que el Tribunal le reconoce validez desde que no lo impugna sino que, más bien, dice que no se ha cumplido con él. También cabría la necesidad de determinar si es ilegal en relación a la resolución de la Secretaría Municipal de Transporte Urbano de Lima Metropolitana, que prohibe el uso de barreras. El Tribunal no ha hecho mención a este evidente problema.

- Si el establecimiento de obstáculos en la vía pública en territorios municipales donde no hay regulación al respecto, sería o no inconstitucional.

En nuestro criterio, el establecimiento de estos obstáculos es siempre inconstitucional, no sólo por afectar el libre tránsito por la vía pública (argumento utilizado en este caso), sino también porque se está estableciendo derechos particularizados (no individuales, pero sí de pequeñas colectividades) sobre la vía pública en la cual ello no debe jurídicamente ocurrir.

El derecho de libertad de tránsito puede ser restringido durante el estado de emergencia según el inciso 1 del artículo 137 de la Constitución. No podrá serlo el derecho a fijar libremente el domicilio, sino en tanto quede afectado por la restricción de la libertad de tránsito.

Finalmente, otra resolución interesante versa sobre la libertad de tránsito y su relación con el derecho de manejar un automóvil:

"1. De autos aparece que el recurrente Armando Dante Guerrero Romero, mientras se encontraba estacionando frente a su casa el vehículo de placa N. FQ-4230, de propiedad de don Aurelio Almoguer Solano, fue

intervenido por personal policial de la Delegación de Lince, quien al tiempo de informarle que el citado automóvil se encontraba con orden de captura por razones municipales, procedió a requisarle tanto la tarjeta de propiedad del vehículo como su licencia de conducir.

2. El hecho de que la policía haya incautado los documentos antes citados, particularmente la licencia de conducir, supone una limitación a su titular al derecho de libre tránsito, dentro y fuera del territorio nacional, manejando cualquier otro vehículo en forma regular.

Por otra parte, el personal policial pretendió obligar a don Armando Guerrero Romero a que condujera el vehículo intervenido al local de la Delegación, hecho que, aunque no se llegó a materializar, al haber manifestado también el propietario don Aurelio Almoguer su oposición, tal acción constituye una evidente intención compulsiva contra la libertad individual en perjuicio del primero de los mencionados, acción que es distinta y separable de la medida de captura del automóvil.

[...]

FALLA:

[...] confirmaron la sentencia [...] que declara FUNDADA la acción de Hábeas Corpus interpuesta por don Armando Dante Guerrero Romero y don Aurelio Juan Almoguer Solano, contra el Comandante PNP Joel Abensur Ríos, el Capitan PNP Gino Bravo Ramírez, el Alférez PNP William de la Cruz, y el Suboficial PNP Oscar Carpio Medina [...]". (Sentencia del Tribunal Constitucional en la Acción de Hábeas Corpus interpuesta por Armando Dante Guerrero Romero y Aurelio Almoguer Solano contra el comandante PNP Joel Abensur Ríos y otros, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el martes 24 de diciembre de 1996).

El caso resalta una dimensión poco usual del derecho de tránsito, constituido por el derecho de poder manejar un vehículo automotor. En efecto, contemporáneamente la posibilidad de desplazarse en automóvil amplía considerablemente el tránsito de la persona. La innovación, por tanto, es pertinente y debería tomarse como un precedente que adapta un viejo derecho a nuevas circunstancias (la verdad, por lo demás, no tan nuevas a fines del siglo XX).

16. Artículo 2 inciso 12

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos comprobados de seguridad o de sanidad públicas. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El derecho de reunión no fue considerado de manera expresa en los textos de las Constituciones del siglo pasado. Empezó a ser amparado en 1920:

"Constitución de 1920, artículo 33.- Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente sea en público o en privado, sin comprometer el orden público".

A estas disposiciones, la Constitución de 1933 añadió que el ejercicio del derecho se regulará mediante disposiciones de ley:

"Constitución de 1933, artículo 62.- Todos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin comprometer el orden público. La ley regulará el ejercicio del derecho de reunión".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 es la siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

10. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que podrá prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas. [...]"

El inciso es idéntico a su similar de la Constitución de 1993. No ha habido ningún cambio.

Análisis exegético

El derecho de reunión no fue reconocido sino en este siglo en nuestras Constituciones, pero sí ingresó desde el principio dentro de los tratados internacionales.

La Declaración Universal siempre con la parquedad que le es característica en el contexto de los demás tratados sobre derechos humanos, establece:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 20.-

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

[...]"

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice lo siguiente:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 21.- Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás».

El aporte del Pacto Internacional es señalar que las restricciones deberán tener las siguientes características:

- Estar previstas en la ley, esto es, establecidas antes de ser aplicadas.
- Deben ser compatibles con una sociedad organizada democráticamente, lo que quiere decir que no podrán recortar los derechos que son consustanciales a ella, en especial los de demostrar y oponerse dentro de los marcos de la ley y el orden.
- Las causas de las restricciones serán la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la salud, la moral públicas y la protección de los derechos y libertades de los demás.

La Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre tiene norma, bastante general, al respecto:

«Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXI.- Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole».

El aporte de esta Declaración es permitir la reunión tanto en manifestación pública como en asamblea transitoria y en relación con intereses comunes a los reunidos, de cualquier índole. Esto quiere decir que basta el interés declarado por los convocados para que la reunión tenga un motivo válido. Desde luego, ese interés no puede ser ilegítimo, en los términos que esa palabra debe tener en una sociedad democrática como aquella de la que nos ha hablado el Pacto Internacional.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece disposiciones respecto a la libertad de reunión:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 15.- Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás».

La Convención tiene una norma sustantivamente similar a la del Pacto Internacional, pero añade el requisito de que la reunión sea sin armas, cosa por demás razonable desde todo punto de vista.

En síntesis, el aporte de los instrumentos internacionales a este derecho es el siguiente:

- La reunión tiene que ser pacífica y sin armas.
- Las limitaciones deben estar previstas en la ley y ser compatibles con la democracia. Las causas específicas de restricción del derecho están referidas en el Pacto Internacional y en la Convención Americana.
- El motivo que permite la reunión no debe ser otro que el interés común de los reunidos, que desde luego tiene que ser legítimo.

El texto del inciso que comentamos recoge la exigencia de que la reunión sea pacífica y sin armas, como lo establecen los instrumentos internacionales. Estos son dos requisitos distintos: reunión pacífica significa aquí ausencia de violencia y por tanto se refiere una conducta. Reunión sin armas es un hecho: las personas asisten desarmadas a la convocatoria.

La Constitución indica a continuación que hay reuniones que no requieren aviso previo, que son las convocadas en locales privados o abiertos al público. Los locales privados son aquellos de propiedad privada que se tienen para uso de los propietarios o de aquellos a quienes se haya dado la posesión, o la tengan por cualquier motivo. Los lugares abiertos al público son también privados pero se supone que tienen uso para la asistencia de varias personas: son los teatros, las oficinas y casas comerciales, etc. Desde luego, se supone que convoca quien tiene el derecho de disponer de tal lugar para efectuar reuniones. En caso contrario, la reunión sería imposible por no contarse con el permiso requerido para estar en dicho lugar.

Las convocadas en plazas y vías públicas exigen anuncio a la autoridad, y se establecen causas de prohibición por ésta que corresponden a las establecidas en los tratados. Se entiende que prevaleciendo los principios democráticos y teniendo el derecho de reunión mucho que ver con ellos, tanto en el sentido social como en el político, el criterio de la autoridad para autorizar o no las reuniones tiene que ser extensivo en favor del derecho y restrictivo en cuanto a prohibir los eventos que se le soliciten. En otras palabras, el principio es que las reuniones solicitadas deben siempre realizarse, salvo que haya serias razones de seguridad o de sanidad pública en contra de ellas.

Un tema interesante es el del plazo del aviso. O'Donnell trae una nota sobre una opinión de la Comisión Interamericana en relación ello:

> En cuanto a restricciones de otra índole, cabe mencionar el análisis de la Comisión de la legislación de un determinado país, según la cual se requiere un permiso de la policía para la realización de cualquier acto público, asamblea, elección, conferencia, desfile, congreso o evento deportivo, cultural, artístico, o familiar, que debía ser solicitado con diez días de anticipación. Esa disposición fue calificada por la Comisión Interamericana como «una extrema restricción» a la libertad de asamblea y una medida «completamente desproporcionada» (162).

La libertad de reunión puede ser restringida durante el estado de emergencia según el inciso 1 del artículo 137 de la Constitución.

17. Artículo 2 inciso 13

> ***«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:***
>
> *[...]*
>
> ***13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa. [...]».***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El derecho de libre asociación no fue reconocido desde el principio por el liberalismo. Contrariamente, existen claros ejemplos de proscripción, particularmente por su significación política. En 1856 aparece en el texto de nuestras Constituciones:

---

(162) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 386.

"Constitución de 1856, artículo 28.- Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público ó en privado, sin comprometer el orden público".

La norma se repitió, con ligerísimas variantes, en el artículo 29 de la Constitución de 1860 y en el 27 de la Constitución de 1867.

La Constitución de 1920 moderniza la expresión y, además, le asimila el derecho de libre contratación:

"Constitución de 1920, artículo 37.- La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidas por la ley".

Norma de igual contenido trae el artículo 27 de la Constitución de 1933.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 decía al respecto:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

11. A asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa.

Las personas jurídicas se inscriben en un registro público. No pueden ser disueltas por resolución administrativa [...]".

Los dos artículos son iguales en lo sustancial. Dos diferencias pueden ser advertidas:

- En la Constitución de 1979 se establecía que las personas jurídicas se inscribían en un registro público. Es una verdad indispensable porque la ley así lo manda. Que la Constitución de 1993 haya quitado la norma no altera las cosas porque los registros de personas jurídicas funcionan perfectamente con una autorización de la ley.

Pero sí puede querer decir que no es indispensable inscribir la institución para ejercitar el derecho de asociación.

- En la Constitución de 1993 se dice, correctamente, que el derecho de constituir instituciones incluye el utilizar las diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro. Es una aclaración positiva en relación al texto de la Constitución previa y, como veremos, que se discutió en el Tribunal de Garantías Constitucionales en su momento.

Análisis exegético

En lo esencial, el derecho de asociación consiste en la libertad que tienen las personas para juntarse entre ellas a fin de realizar un objeto en común. La asociación es un derecho genérico a colaborar entre humanos y adopta varias formas. En el Código Civil, solamente, tenemos la asociación como institución en sentido estricto, y el comité (la fundación en un patrimonio asignado a una finalidad social y no una asociación aunque algunas veces, por su conformación, puede llegar a parecérsele).

El derecho de asociación no tiene que conducir necesariamente a la formación de una persona jurídica distinta para poder ejercerse. Por el contrario, basta con la coaligación de las personas para la finalidad común. El propio Código Civil reconoce a las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos (artículos 124 y siguientes).

Aquí es importante una consideración que hace Francisco Fernández Segado comentado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español:

> [...] el derecho de asociación, como ha dicho el Tribunal comprende no sólo el derecho de asociarse, sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo dentro del marco de la Constitución y de las leyes. Y parece apropiado pensar que la potestad de organización que comprende el derecho de asociación escapa de cada individuo aisladamente considerado para pasar a ejercerse por el ente asociativo así creado (163).

---

(163) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *La dogmática de los derechos humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 99.

Las características que el tratamiento del inciso da al derecho de asociación son varias e importantes. Las tratamos a continuación.

La primera característica, tácita no expresa, es que se trata de una libertad: la de asociarse. Como veremos luego, los instrumentos internacionales añaden que habrá el derecho de no pertenecer a la asociación o de desafiliarse.

En relación al tema de la libertad sindical, existe una resolución interesante del Tribunal Constitucional que transcribimos y comentamos:

"Que hay que tener en cuenta que se puede conculcar el derecho a la libre asociación, consagrado en el artículo segundo, inciso once de la Constitución, de diferentes maneras, podrá ser no sólo mediante la separación prepotente, directa y manifiestamente arbitraria de un socio, o también valiéndose de subterfugios o el empleo de medios sutiles que creen las condiciones propicias para provocar el apartamiento de un asociado de forma aparentemente estatutaria y reglamentaria.

Que las notificaciones materia de las cartas notariales de fojas dos y fojas cuatro no reúnen los requisitos de precisión y claridad requeridas a tenor del complejo artículo veintiuno de los Estatutos del Club Náutico y Campestre "Samoa", porque no se advirtió a los dos socios que el emplazamiento se funda en la falta de pago de más de tres cuotas de mantenimiento y tampoco se especifica la sanción que se les aplicaría en caso de incumplimiento, de las diferentes alternativas que comprende la escala de sanciones que contiene el citado artículo veintiuno, que comienza con la simple amonestación y termina en la más drástica que es la expulsión; de ahí que tales notificaciones podrían convertirse fácilmente en instrumentos sutiles, deliberados o no, pero capaces de sorprender la buena fe de los emplazados, hacerlos caer en error o inspirarles confianza, alejándolos de la posibilidad de suponer la imposición de una sanción tan drástica como la de separación definitiva de la institución.

Que, además, como explica acertadamente el Juez en la Sentencia de Primera Instancia de fs. Cuarenta, no se ha probado de modo alguno la renuncia de parte de los demandantes a pagar las cuotas adeudadas, y que más bien, según la carta notarial de fojas diez, manifestaron su disposición de pagarlas [...]

Que hay necesidad, en defensa de los derechos de la persona, de frenar de alguna manera los casos de conculcación del derecho a la libre asociación, que se están presentando en creciente frecuencia por el conducto de las asociaciones; valiéndose del poder que otorga el desempeño transitorio de un cargo directivo para exclusión o depuración de enemigos o simples opositores.

Que por los fundamentos expuestos, el Tribunal FALLA: declarando fundado el recurso de casación interpuesto". (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales en la acción de amparo interpuesta por Carlos Beteta Castro y Jorge Beteta Castro contra el Club Náutico "Samoa").

La resolución del Tribunal de Garantías busca proteger la libertad de asociación no sólo en las violaciones más gruesas como pueden ser las prohibiciones o discriminaciones sino, inclusive, en formas sutiles como por ejemplo la desafiliación por vía de sanción.

En este caso, el Tribunal encuentra que la desafiliación de los dos accionantes se produce luego del envío de cartas notariales que no tienen toda la claridad requerida para precisar el tipo de emplazamiento y anunciar las consecuencias que la situación acarrearía. El resultado práctico de la acción consistió en que quienes eran asociados deudores de cuotas podrían pagar las cantidades debidas y continuar en el club. Para que la separación ocurriera tendría que haber un aviso que no diera lugar a duda, tanto de la causal como de la consecuencia.

Aunque la resolución se dictó bajo la Constitución de 1979, es perfectamente aplicable en nuestro criterio al mandato contenido en el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución de 1993.

Habla de las instituciones sin fines de lucro. La finalidad lucrativa tendrá otras formas de institucionalización y de protección constitucional, principalmente a través de la libre iniciativa privada del artículo 58 de la propia Constitución.

En relación con este tema, es interesante transcribir y comentar una resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales que trató este asunto en el contexto de la Carta de 1979, de contenido distinto a ésta en la materia que desarrollamos.

"A fojas trescientos sesenticuatro, corre la sentencia de Vista de cinco de setiembre de mil novecientos ochentitrés, que sostiene que las Asociaciones y Fundaciones se rigen por las disposiciones de los artículos cuadragésimo sexto y sexagésimo noveno del Código Civil anterior, y la Sociedad Civil por los artículos mil seiscientos ochentiséis y siguientes; y por la Ley de Sociedades Mercantiles número dieciséis mil ciento veintitrés; que las Sociedades Mercantiles dedicadas a la banca, Fianza y Seguros tienen régimen diferente a las Asociaciones y fundaciones, que no está comprendida la Acción de Amparo en lo que prescribe el inciso once del artículo segundo de la Constitución, por lo que confirma la sentencia de Primera Instancia.

Interpuesto el recurso de nulidad, y elevados los autos a la Corte Suprema, el Fiscal Supremo expide el Dictamen número trescientos sesentidós-ochentitrés-MP-PS-CA, que sostiene que las asociaciones Bancarias se inscriben en los Registros Públicos, pero no en el Registro de Personas Jurídicas que señala el artículo mil cincuentitrés del Código Civil derogado, sino en el Registro Mercantil, tal como lo prescribe el artículo cuarto de la Ley dieciséis mil ciento veintitrés, y que la Resolución dos-Ochentidós, está arreglada a las disposiciones constitucionales y legales vigentes, y que no ha violado el derecho constitucional contenido en el inciso once del artículo segundo de la Constitución, por cuanto sus normas no abarcan a las entidades Bancarias. Consideran que no es de aplicación lo que prescribe el artículo tercero de la Ley veintitrés mil quinientos seis, por lo que opina que se declare no haber nulidad en la sentencia. Corren igualmente los alegatos de los accionantes y del Procurador General de la República.

A fojas ciento seis del cuadernillo de la Corte Suprema, corre la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil, que declara no haber nulidad en la sentencia de vista recurrida; Resolución que es materia de casación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Considerando: que del estudio de autos, el Tribunal, en mayoría, ha observado, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo cuarentitrés de la Ley Orgánica, que la resolución venida en casación, no ha violado la ley ni aplicado ésta falsa o erróneamente, y que se han

cumplido las formas prescritas por la misma para tramitar el procedimiento o expedir la resolución; FALLA: en mayoría declarando sin lugar la casación solicitada [...]". (Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales del 11 de diciembre de 1984 en la acción de amparo interpuesta por Compañía Industrial y Comercial Vulcano S.A. y otros contra el Superintendente de Banca y Seguros).

Anexo a la sentencia corre el fundamento del voto de los magistrados Eguren Bresani y Silva Salgado sobre este tema. Dicen:

"[...] al declarar el artículo 2 inciso 11 de la Constitución Política que «toda persona tiene derecho a asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos [...]» está reconociendo, expresamente, el derecho de las personas a organizarse en las variadas formas asociativas y con los diversos propósitos que establecen la propia Constitución y las leyes, incluidas las sociedades mercantiles y no solamente las asociaciones, en el sentido restringido en que a éstas se refieren los artículos 44, 46 y siguientes del Código Civil derogado de 1936 y 80 y siguientes del Código vigente de 1984; distinguiendo esa declaración constitucional las formas asociativas de personas de las fundaciones, que son afectaciones de bienes para un fin especial, de acuerdo con los artículos 64 y siguientes del Código Civil de 1936 y 99 y siguientes del Código Civil de 1984. Esta afirmación es corroborada por la misma Constitución en sus artículos 2 incisos 3 -«toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada»- y 16 -«toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o ASOCIADA, en la vida política, ECONÓMICA, social y cultural de la Nación»; 68, párrafo segundo -«así mismo (el Estado) estimula y ampara el desenvolvimiento de las EMPRESAS autogestionarias, comunales Y DEMÁS FORMAS ASOCIATIVAS»-; 157 -«El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o CUALQUIER OTRA FORMA ASOCIATIVA, directamente conducida por sus propietarios, en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes-; y 160 -»«El Estado reconoce el derecho de los productores agrarios A LA LIBRE ASOCIACIÓN con fines de servicio, desarrollo, defensa O CUALQUIER OTRO que pudiera contribuir a la eficiencia de sus actividades».

Asimismo, dicha interpretación resulta de la ponencia titulada «de

los derechos de la persona» que la Comisión Especial Tercera elevó al Presidente de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente con fecha 27 de octubre de 1978, cuyo inciso 11 del artículo 2 decía que toda persona tiene derecho: «A asociarse con fines lícitos. Las asociaciones y SOCIEDADES se inscribirán en un Registro para efectos de publicidad. No podrán ser disueltas por Resolución administrativa. Están prohibidas las asociaciones secretas terroristas o de carácter para-militar. Pueden crearse fundaciones de acuerdo a ley». La Comisión Principal desdobló este texto en dos incisos -12 y 13 del artículo 2-, suprimiendo lo referente a las asociaciones secretas, discutiéndolo en su sesión de 14 de diciembre de 1978. Estos dos incisos fueron sometidos a debate de la Asamblea Constituyente en su sesión de 6 de abril de 1979 y refundidos en un solo inciso a propuesta del señor Ramírez del Villar, quien dijo: «En cuanto a los incisos 12 y 13, proponemos que sean refundidos en un solo inciso. SE REFIEREN A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN y de crear fundaciones». Quedaría redactada en la siguiente forma: «A asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos, sin requerir autorización previa»; y a continuación, EN LUGAR DE HACER LA ENUMERACIÓN RESPECTO A CUÁLES SON LAS PERSONAS DERIVADAS O LAS INSTITUCIONES QUE TIENEN DERECHO O QUE RESULTAN DE ESTE DERECHO, proponemos QUE SE DIGA EN TERMINOS GENERALES lo siguiente: «LAS PERSONAS JURÍDICAS se inscriben en un registro público». Como consecuencia de esta fusión se elimina el inciso 13. Esta propuesta de fusión de los dos incisos fue aprobada por la Asamblea en su sesión del 9 de abril, acordándose su texto definitivo, que es el actual. Esta es la norma constitucional general para las personas jurídicas, sean éstas asociaciones religiosas, partidos políticos, empresas autogestionarias o comunales, sociedades civiles o mercantiles, cooperativas o asociaciones de diversos fines, siempre que sean lícitos esto es, que su ejercicio no sea «contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública», como, con respecto a «las empresas, cualquiera sea su modalidad» -artículo 130 de la Constitución- declara el párrafo final de su artículo 131. Cuando se da esta ilicitud, el Código Civil de 1936 disponía en su artículo 62: «El Poder Ejecutivo puede pedir a la Corte Suprema la disolución de las asociaciones cuyos fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres»; disposición que el vigente Código Civil de 1984 ha modificado, en su artículo 96, disponiendo que: «El Ministerio Público puede pedir la disolución de la Asociación a la Sala Civil de la Corte Superior del distrito judicial res-

pectivo, cuando sus fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres», adecuándola a la vigente Constitución, tanto en cuanto al Ministerio Público, como a la instancia plural. Así mismo, la Ley de Sociedades Mercantiles N. 16123 dispone en su artículo 318 que: «El Poder Ejecutivo puede solicitar a la Corte Suprema la disolución de las sociedades cuyos fines o actividades sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. La Corte resolverá como jurado la disolución o la subsistencia de la sociedad, previa citación de esta última». -Disposiciones legales que, dentro de la norma constitucional general citada, protegen el derecho de asociación que la Constitución declara [...] Pretender, pues, distinguir las asociaciones de las sociedades bancarias sobre la base de los incisos 11 y 12 del artículo 2 de la Constitución Política es eludir el problema jurídico en que tal distinción consiste, creer que se le resuelve con una generalidad tan amplia como la del citado inciso 12".

Como puede apreciarse de los textos transcritos, con la Constitución de 1979 se discutía si el derecho de asociación era exclusivamente referido a las asociaciones sin fines de lucro, o incluia a todas las formas de asociación y sociedad existentes. La decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional fue considerar que sólo estaban incluidas las asociaciones civiles, es decir, sin fines de lucro. (Esto deberemos correlacionarlo con la discusión sobre si la libertad sindical y el derecho de asociación son una misma cosa o dos distintas).

A nosotros, sin embargo, nos parece que la argumentación presentada por los magistrados Eguren Bresani y Silva Salgado es contundente e impecable y que, por consiguiente, en el texto de 1979 había que considerar a todas las formas de sociedad y asociación.

Sin embargo, esto no podría extenderse ya a la Carta de 1993 que expresamente dice que el derecho a asociarse está referido a "organización jurídica sin fines de lucro". Las sociedades estarán fuera del alcance del artículo 2 inciso 13 de la Constitución y, por consiguiente, podrán recibir resolución administrativa que conduzca a su disolución, directa o indirectamente (en el caso que trató la resolución transcrita, precisamente, lo que ocurrió es que la Superintendencia de Banca y Seguros canceló la autorización de funcionamiento del Banco de la Industria de la Construcción y esta decisión acarreó su disolución).

La asociación no requiere autorización previa para su establecimiento, pero sí debe ser realizada de acuerdo a ley, tanto en los procedimientos como en las finalidades legítimas que debe tener. Desde luego, dentro de la inmensa amplitud que tiene la ley, las finalidades de la asociación pueden ser muy diversas: culturales, religiosas, cívicas, deportivas, etc.

La Administración Pública no puede disolver las asociaciones. En verdad, ellas y los comités (ver el artículo 120 del Código Civil) sólo pueden ser disueltos o por quienes los conformaron, según los procedimientos que establezca el estatuto, o por los jueces a pedido del Ministerio Público según manda el artículo 96 del Código Civil. Las fundaciones lo serán según las decisiones de los instituyentes y, en todo caso, a pedido del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones también por el juez, según el artículo 106 del Código Civil.

El derecho de asociación está presente en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, como tal y también en relación con el derecho de sindicalización, sobre el cual sin embargo se discute si es autónomo o si sólo es una especie de la asociación. De todo ello trataremos en este comentario.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dice de ella:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 20.-

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

2.- Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación».

El derecho reúne, pues, tanto la virtualidad de pertenecer como la de no pertenecer a la asociación. Es una aclaración pertinente al texto de nuestra Carta. Entre otras cosas, ello también quiere decir que el asociado está siempre en libertad de desafiliarse de la asociación, desde luego, cumpliendo los requisitos debidos según las disposiciones legales y estatutarias del caso.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice lo siguiente:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.-

1.- Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2.- El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3.- Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías».

Las características del tratamiento que el Pacto Internacional da al derecho de asociación son las siguientes:

- La asociación es libre.
- Asimila el derecho de asociación y el de sindicalización.
- Sólo se puede poner restricciones a su ejercicio, por ley preexistente, que sean consistentes con la democracia y siempre que estén en juego la seguridad nacional o los otros elementos indicados en el apartado 2 de este artículo 22. Esto quiere decir que la legislación de la materia deberá proteger extensivamente el derecho de asociación y ser restrictiva en la imposición de limitaciones.
- El derecho de asociación es restringido para el personal de las fuerzas armadas y de la policía, se entiende que mientras está en servicio activo. Es de suponerse que esta limitación está dirigida, sobre todo, a la asociación política y sindical.
- El Pacto Internacional no podrá servir para menoscabar los derechos sindicales a los estados partes de la OIT.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

«Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXII.- Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden».

Puede verse dos aspectos relevantes de este escueto texto:

- El primero que vuelve a asimilar el derecho de asociación a la sindicalización.
- El segundo, también trascendental, que establece el vínculo entre la asociación y los intereses legítimos de cualquier orden. La asociación está indiscutiblemente ligada a dichos intereses.

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16.-

1.- Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

2.- El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3.- Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía».

La Convención Americana vuelve a identificar la asociación con las finalidades de agrupación laboral. En lo demás, sigue todo lo sustancial de las normas del Pacto Internacional antes transcrito.

El Convenio 87 de la OIT trae varias normas importantes que transcribimos a continuación:

«Convenio N.87 OIT, artículo 2.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».

«Convenio N.87 OIT, artículo 4.- Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa».

«Convenio N.87 OIT, artículo 5.- Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores».

"Convenio N.87 OIT, artículo 6.- Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores».

«Convenio N.87 OIT.- La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio».

Importantes de rescatar para nuestro trabajo, son los siguientes aspectos del Convenio 87:

- Se refiere indistintamente a las organizaciones de trabajadores y de empleadores y no permite, a partir de su texto, hacer una diferencia tajante entre el derecho de asociación y éste de formar organizaciones de trabajadores y empleadores.
- Permite que se formen entidades de segundo y ulterior grado bajo forma de federaciones y confederaciones.
- Ninguna de estas organizaciones está sujeta a disolución administrativa.

Hasta aquí, podemos ver que existen razones para pensar que la

asociación y la libertad de formar sindicatos, si no son el mismo derecho, por lo menos pertenecen al mismo género.

Quien ha cuestionado este punto de vista, entre nosotros, es Oscar Ermida. Su planteamiento inicial en torno al tema es el siguiente:

> La doctrina ha señalado la existencia de dos sentidos del concepto de derecho de asociación: uno específico, referido a la categoría sociedad o asociación civil –coincidente con el del artículo 80 del Código Civil peruano–, y otro muy genérico, referido a la conjunción de personas («asociaciones en sentido amplio»), que incluye a «todo cuanto represente una organización de individuos», por ejemplo, partidos políticos, sociedades mercantiles, etc.
>
> El concepto amplio predomina entre los constitucionalistas. Así, BURGOA manifiesta que «por derecho de asociación se entiende toda potestad (de los) individuos de unirse para constituir una entidad o persona moral, con sustantividad propia y distinta de los asociados y que tiende a la consecución de determinados objetivos, cuya realización es constante y permanente«. Y agrega que «la libertad de asociación, al ejercitarse, engendra las siguientes consecuencias: (a) creación de una entidad con personalidad y sustantividad propias y distintas de las que corresponden a cada uno de sus miembros individuales, y (b) persecución de fines u objetivos permanentes y constantes».
>
> Análogamente, BARBAGELATA define a la sociación, objeto del derecho de asociación como la «agrupación voluntaria, organizada y permanente, si se quiere duradera, de los hombres, que se realiza con un fin determinado» (164).

De lo dicho hasta aquí puede verse que discrepamos con Ermida en un asunto que parece capital en su desarrollo argumental: no creemos que haya un significado genérico y otro específico del concepto de aso-

---

(164) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 67

ciación que tiene la Constitución. El concepto siempre será el genérico y, dentro de él, como una posibilidad, entrará la asociación civil formalizada. Como hemos visto, aún el Código Civil se pone en la posibilidad de que la asociación no llegue a constituirse como persona jurídica distinta.

A continuación, Ermida sostiene que existen ciertas diferencias entre el derecho de asociación y la libertad sindical, aún cuando también existen coincidencias. Sus palabras son:

> Surgen claras algunas diferencias importantes entre derecho de asociación y libertad sindical, las que pueden sintetizarse en la afirmación de que ésta posee –notoriamente– mayor complejidad, especificidad y concreción que el derecho de asociación.
>
> Sin embargo, tampoco puede negarse la existencia de algunas coincidencias esenciales, que surgen más o menos claras del cotejo del contenido de la libertad sindical con el derecho de asociación. Ambos son, hoy, derechos humanos o derechos fundamentales; revisten carácter voluntario, hablándose de «libertad positiva» y de «libertad negativa» respecto de los dos, aunque esta última es discutida respecto de la libertad sindical. Ambos son derechos de «carácter relacional y coparticipado». Ambos suponen un acto constitutivo plurindividual o colectivo que da origen a la organización (asociación o sindicato), y que plantea importantes problemas relacionados con el registro y con el reconocimiento de la personalidad jurídica de la entidad creada. Ambos, finalmente reclaman la autonomía en la fijación de los fines del ente colectivo (165).

En base a este terreno de coincidencias y separaciones, sostiene que existen dos posiciones diferenciadas frente a la relación derecho de asociación-libertad sindical. Una es la que llama *dependentista* según la cual habría una relación de género (derecho de asociación) a especie (libertad sindical). Nuevamente sus palabras:

---

(165) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 69.

Para la explicación que denominamos dependentista, la libertad sindical carece de verdadera autonomía ante el derecho de asociación, existiendo entre ambas categorías una relación de especie a género: la libertad sindical sería, así, una especie del genérico derecho de asociación, un fenómeno esencial e inevitablemente constitucional-civilista y sujeto a esa lógica.

Para los autores –preponderantemente constitucionalistas y algunos civilistas– que sostienen esta teoría, las organizaciones sindicales no son cualitativamente distintas a las asociaciones genéricamente previstas en las Constituciones al dictar el derecho de asociación.

Algunas Declaraciones de Derechos Humanos parecen concebir –o, por lo menos referirse– a la libertad sindical como una especie del derecho de asociación, opinión que tácitamente recogen, generalizándola, algunos comentaristas de estos instrumentos. Sin embargo, otras Declaraciones distinguen claramente la libertad sindical del derecho de asociación, destinándoles disposiciones distintas (166).

En nuestro criterio, una de las maneras de ver la posición que considera existente un vínculo entre el derecho de asociación y la libertad sindical es efectivamente ésta: un vínculo de dependencia en la medida que el sindicato se convertiría en un apéndice de la asociación civil.

Sin embargo, a nosotros nos parece una visión demasiado caricaturizada. Cabe la alternativa de pensar que existe un derecho a la asociación simple y puro que es reconocido constitucionalmente para todos los casos en los que las personas se quieren coaligar en pos de algún fin y que, luego, existen otras tantas especies de asociación como puedan darse en el Derecho: la asociación civil sería una, el sindicato sería otra, un simple contrato de asociación sería una tercera y así sucesivamente. Cada una de estas formas específicas formaría parte del género *derecho de asociación* pero sería par de las demás en su relevancia jurídica.

---

(166) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 78.

De hecho, para nosotros ésta es la imagen más cercana a lo que las normas dicen, desde que efectivamente existe un derecho de asociación genérico en la Constitución, y luego se desarrollan diversos grupos normativos para regular a las otras tantas formas específicas de asociarse, de entre las cuales las tres que hemos mencionado en el párrafo anterior efectivamente existen.

En otras palabras, consideramos que la denominada tesis dependentista de Ermida es uno de los extremos en que efectivamente se puede pensar el problema, pero no es la configuración de ideas más adecuada al respecto.

Ermida continúa desarrollando, esta vez, la tesis independentista. Dice:

> Para la explicación que llamamos independentista o autonomista, la libertad sindical es un concepto totalmente autónomo, incluso genéticamente independiente del Estado. En tal sentido apunta, por ejemplo, la construcción de la doctrina italiana de posguerra que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 39 de la Constitución italiana, desplaza la denominación asociativa por la de «organización» y con base en la autonomía como principio cardinal de la libertad sindical, percibe a ésta como parte de un «ordenamiento intersindical» autogenerado, que coexiste con el «ordenamiento jurídico estatal».
>
> Claro que otras concepciones anteriores también suponían la total ajenidad de la libertad sindical respecto del derecho de asociación. Tal, por ejemplo, la teorización de todo el Derecho laboral como parte del «Derecho social», un *tertium genus* entre el Derecho público y el Derecho privado, con instituciones propias, independientes de aquellos y de las categorías de ellos provenientes" (167).

---

167 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 82.

Y luego, pasa a enumerar diferencias importantes entre el sindicato y la asociación civil. Son seis en total:

> Un primer tipo de diferencia puede ser, como ya se vio, histórica. Puede suceder que, en determinado país, las respectivas trayectorias históricas del derecho de asociación y de la libertad sindical sean radicalmente distintas y hasta contrapuestas. Más aún: hemos registrado realidades en las cuales lo sindical precedió a lo asociativo (168).

En países como el Perú, donde los sindicatos estuvieron prohibidos por mucho tiempo, los trabajadores empezaron uniéndose en *sociedades de auxilios mutuos* que, en nuestro criterio, utilizan la forma civil para hacer sindicalismo.

> En segundo lugar, como también se adelantó, el ámbito subjetivo, la base social de ambos derechos son, en principio, diferentes, a pesar del carácter dinámico de la libertad sindical, que le imprime una tendencia expansiva. Más aún, el debate sobre la unilateralidad (sólo los trabajadores) o bilateralidad (también los empleadores) de la libertad sindical, carece de sentido respecto del derecho de asociación (169).

Esta observación es válida, en nuestro criterio, si es que se asume que la libertad sindical es una especie de la asociación civil. Sin embargo, si ambas fueran especies de un género derecho de asociación, estas diferencias como muchas otras serían perfectamente explicables y, precisamente, las que las convierten en especies.

> Una tercera distinción radica en que el derecho de asociación es uno de los clásicos derechos individuales, mientras que la libertad sindical es caracterizada como uno de los más connotados dere-

---

(168) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 84.

(169) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 84.

chos colectivos y sociales. Y esto en un doble sentido: tanto en la clásica dicotomía entre derechos individuales y derechos sociales, como en la distinción entre derechos de titularidad individual y derechos de titularidad colectiva (170).

También consideramos que esta diferencia puede ser tratada como de especies distintas y no como de especie a género para probar la incompatibilidad de ambas instituciones. Por lo demás, como puede apreciarse de la parte introductoria, nosotros consideramos equivocada y sin significación jurídica práctica la distinción entre derechos individuales y sociales porque todos son de la persona (lo que no es lo mismo que decir, desde luego, derechos que no cargan el presupuesto nacional y derechos que si lo cargan porque en este último caso entran a jugar variables económicas en el cumplimiento de los derechos que complican su vigencia práctica).

La cuarta y fundamental disimilitud, vinculada a la anterior, parte del reconocimiento del carácter complejo de la libertad sindical, y reconociendo en ella la existencia de un núcleo asociativo y otro de actividad, constata que en lo sindical es cada vez más importante la actividad que lo asociativo. Así, GRANDI ha podido decir que en la libertad sindical, organización y actividad son un binomio indisoluble, pero que lo esencial es la actividad: los trabajadores se organizan sindicalmente para desarrollar actividad sindical. De tal forma, agrega GRANDI, la organización supone, como corolario necesario, la actividad: aquélla no se concibe sin ésta, que es su razón de ser. Esto determina una serie de consecuencias, todas ellas tan fundamentales para la libertad sindical, como incompatibles con el clásico derecho de asociación. Con carácter genérico, puede decirse que todas ellas suponen un predominio de lo colectivo sobre la individual y/o de la actividad sindical sobre lo asociativo (171).

---

(170) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 84.

(171) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992., p. 85.

Como el propio autor dice, la cuarta y quinta diferencias están íntimamente unidas por lo que las comentamos juntas luego:

> Una quinta diferencia esencial entre sindicalización y derecho de asociación es resultado de lo anterior: si lo esencial en la libertad sindical es el desarrollo de actividad sindical, es imprescindible que se garantice esta posibilidad, asegurando una acción eficaz. De tal modo, nace un componente fundamental de lo sindical: la protección de la actividad sindical. Con ello, la libertad sindical pasa a gozar de un régimen privilegiado, lo que la distingue aún más del derecho de asociación «común». Esta protección especial, que apunta a la eficacia de la acción sindical, explica algunas de las particularidades ya referidas, como la proscripción de los sindicatos «amarillos» y «mixtos», el «monopolio» sindical de la negociación colectiva, etc. (172).

Estos dos asuntos, que en resumen son la importancia de la organización en sí misma y la vocación de acción que tiene el sindicato, resultan diferencias importantísimas con la asociación civil que, en efecto, no tiene una estructura capaz de mover a los asociados con la agilidad y flexibilidad que el Sindicato para la acción concreta.

Sin embargo, es también la gran diferencia que existe entre la asociación civil y el partido político (en el cual la acción y la organización son mucho más complejas que en el sindicato) y, sin embargo, nadie discute que un partido político comparte con la asociación civil un rasgo común que es el derecho de asociación.

En realidad, haciendo una evaluación crítica de todo el importante material que aporta Ermida en el trabajo que hemos glosado, a nosotros nos queda la clara impresión de que la asociación civil y el sindicato son muy distintos entre sí y que no tienen ninguna relación de género a especie.

---

(172) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Libertad sindical y derecho de asociación.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 86.

Sin embargo, no quedamos en absoluto convencidos de que deba plantearse una total independencia institucional entre el derecho de asociación que prevén las Constituciones y la libertad sindical. Por el contrario, nosotros pensamos lo ya dicho: que el derecho de asociación contenido en la Constitución es un principio genérico que ampara toda forma de asociación que cumpla sus requisitos. Negamos, desde luego, que la asociación prevista en la Constitución se materialice en las asociaciones civiles reguladas por los Códigos de la materia. Todo lo contrario: el derecho constitucional de asociación es género y una de las especies es la asociación civil. Otras, en pié de equiparidad pero con notables diferencias, serán la sindical y la política (además de otras más que puedan existir).

Esto trae una ventaja: da a todas las asociaciones específicas la cobertura constitucional del derecho de asociación que tiene características que no afectan a ninguna. Las especificidades de cada institución serán dadas por sus propios instrumentos internacionales y normas internas.

En resumen, luego de analizar todo este material, llegamos a la conclusión de que el Derecho de Asociación establecido en la Constitución es un principio que no debe ser confundido con ninguna de sus especies, entre las cuales están la asociación civil, la asociación política y la sindical, cada una con sus importantes diferencias.

Un tema adicional en relación al derecho de asociación, consiste en que el Código de los niños y adolescentes del Perú, que regula los derechos de personas menores de dieciocho años, esto es, con incapacidad de ejercicio de derechos civiles relativa o absoluta según las normas de los artículos 42 y siguientes del Código Civil, han recibido el derecho de libertad de asociación, pudiendo los adolescentes (desde los doce hasta los dieciocho años cumplidos) constituir personas jurídicas y los niños (hasta los doce años cumplidos) adherirse a ellas. Son normas que reconocen atributos importantes para la vida social de los menores y, en este sentido, crean excepciones al principio de la incapacidad civil por razón de edad. El artículo del Código de los Niños y Adolescentes dice:

«Código de los Niños y Adolescentes, artículo 13.- De asociación.- El niño y adolescente tienen libertad de asociarse con fines lícitos y derecho a reunirse pacíficamente.

Sólo los adolescentes pueden constituir personas jurídicas de carácter asociativo. Los niños podrán adherirse a dichas asociaciones.

Las personas jurídicas de carácter asociativo integradas por niños y adolescentes no podrán tener fines de lucro.

La capacidad civil de los adolescentes que integran estas personas jurídicas, sólo les permite la realización de actos vinculados estrictamente a los fines de las mismas, siempre que no importen disposición patrimonial».

Finalmente, nos queda por decir que la libertad de asociación así considerada, y con los añadidos y especificaciones que hacen los instrumentos internacionales, es un derecho que puede ser defendido en todos sus extremos mediante las garantías constitucionales establecidas.

18. Artículo 2 inciso 14

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. [...]».***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La libertad de contratar no perteneció a la tradición de los textos constitucionales del siglo XIX. Es reconocida por primera vez en la Constitución de 1920, al lado de la de asociarse:

"Constitución de 1920, artículo 37.- La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidas por la ley".

La Constitución de 1933 repite la misma disposición en su artículo 27.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Dice la Constitución de 1979 al respecto:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

12.- A contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho".

Los cambios son significativos porque atañen al concepto liberal mismo, al que es esencial la libertad de contratación. Ambas constituciones consideran que esta libertad debe estar orientada a fines lícitos. Sin embargo, mientras la Constitución de 1979 establecía la regulación legal por razones de justicia y de evitar el abuso lo que, especialmente en lo referido a la justicia daba una connotación de interés social al contenido normativo, la Constitución de 1993 simplemente se refiere a los límites que establezcan las leyes de orden público. Esto último es un límite, pero sin contenido ideológico, propio de todo el texto constitucional.

Hay que aclarar, sin embargo, que la Constitución de 1993 ha establecido como principio suyo que no ampara el abuso del derecho (artículo 103), con lo que en realidad lo único eliminado del inciso 12 del artículo 2 es la referencia a los *principios de justicia*. No ha sido una buena política legislativa en nuestro criterio, porque asume ideológicamente una posición liberal que excluye la regulación de las relaciones de equidad en la sociedad y eso pudo ser adecuado para los pensadores del siglo XVIII pero, el siglo XIX y sobre todo el XX, demostraron que sí es indispensable regular la justicia en las convenciones para evitar la predominancia de los más fuertes. De hecho, por ejemplo, la regulación que el Código Civil trae sobre las cláusulas generales de contratación va de acuerdo a los principios de justicia y no sólo contra el abuso del derecho.

Como decimos al comentar esta norma en la Constitución de 1993, el derecho a la libre contratación se refiere en general a las convenciones y no sólo a las que tienen contenido patrimonial. En el constitucionalismo el significado es más amplio que el que, técnicamente para el Derecho privado, recoge el artículo 1351 del Código Civil.

Análisis exegético

La libertad de contratación no es un tema que haya recibido mayor desarrollo por los especialistas en Derecho Constitucional, quienes parecen considerarlo un tema más propio del Derecho Civil.

Léon Duguit, quien escribió un conocido *Tratado de Derecho Constitucional* en el primer cuarto del siglo XX, dijo lo siguiente entonces:

> Resumiendo, la aplicación del principio de la libertad contractual, supone un contrato perfeccionado de acuerdo a ley y válido porque su objeto y fines son lícitos. Sentado esto, el alcance del principio de libertad contractual es doble. De un lado, y dentro de un contrato como el mencionado, el legislador no puede, sin violar la libertad contractual, limitar el derecho de las partes a fijar sus respectivas obligaciones de acuerdo a los precios establecidos por el juego normal de las leyes económicas. Por otro lado, el legislador tampoco puede establecer modificación alguna a la situación subjetiva emergente de un contrato acordado libremente y cuyo objeto y fines son legalmente válidos (173).

Era ésta una posición liberal más propia del siglo XIX que del XX y la obra es del momento en el que las cosas han empezado a cambiar pero aún sin legitimarse: el período existente entre las dos guerras mundiales, que afrontó las crisis europeas de la Primera Guerra Mundial y el dramático golpe de la Gran Depresión de 1929. Es a partir de estos fenómenos que la regulación de diversos aspectos vinculados a los contratos (alquileres, tasas de interés, lesión, imprevisión, etc.) empieza a alterar la pureza de la concepción liberal decimonónica.

Es interesante comprobar en apoyo de estas afirmaciones, que Duguit se opone a la aceptación por el Código suizo de 1912 de la insti-

---

(173) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie éditeurs, 1925, pp. 291-292 del tomo V. (Traducción nuestra).

tución de la lesión (que a su turno había sido ya establecida en Alemania por aquel entonces) y que hoy está totalmente legitimada. Dice:

> Es así que, en mi opinión, el código civil suizo de 1912 ha ido demasiado lejos y ha violado el principio de la libertad contractual al establecer en el artículo 1912 que «en caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del plazo de un año, declarar que resuelve el contrato y repite lo que pagó si la lesión ha sido determinada por la explotación de su necesidad apremiante, de su ligereza o de su inexperiencia» (174).

Y también la misma posición lo hace rechazar la fijación de los intereses financieros:

> Desde tiempo atrás en Francia, como en la mayor parte de países, la ley limita la tasa de interés, cuando menos en materia civil. El objetivo ha sido proteger al prestatario en apuros financieros contra las maniobras de los prestamistas profesionales. El origen de la regla es muy antiguo porque ella se vinculó a la antigua norma del derecho canónico que prohibía el préstamo a interés, prohibición en la que luego atenuó sus prescripciones. Sin embargo, esta limitación a la tasa de interés fue, ciertamente, contraria al principio de la libertad de contratación (175).

Muchas cosas cambiaron desde entonces y actualmente instituciones como el control de las tasas de interés, la lesión y la teoría de la imprevisión han ganado un sólido lugar en el Derecho. El liberalismo decimonónico ha cedido paso al avance de la sociedad y a la complejidad creciente de las relaciones sociales y económicas (176). Hoy se acepta

---

(174) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie éditeurs, 1925, p. 293 del tomo V. (Traducción nuestra).

(175) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie éditeurs, 1925, p. 294 del tomo V. (Traducción nuestra)

(176) La materia que aquí tratamos está estrechamente emparentada con el tema del artículo 62 de la Constitución. En realidad, son temas complementarios. Este numeral debió formar parte del inciso 14 del artículo 2, para dar

que el Derecho puede establecer ciertos límites a los contratos y, en todo caso, más límites que los que a principios del siglo XX se estaba dispuesto a aceptar en buena doctrina, como acabamos de ver.

Es en tal sentido, que el inciso que ahora comentamos consagra la libertad de contratar y le pone dos limitaciones:

- La primera es que los fines del contrato tienen que ser lícitos. Este requisito quiere decir que el ámbito de acuerdo puede ser todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley porque aquí rige el principio de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe (artículo 2, inciso 24 literal a. de la Constitución). En otras palabras, la ilicitud tendrá que emerger claramente de la ley para invalidar el ejercicio de esta libertad.

- La segunda limitación consiste en que no se debe contravenir las leyes de orden público. Bien vistas las cosas, un fin ilícito siempre contraviene leyes de orden público por lo que, rigurosamente hablando, la primera limitación ya está contenida en ésta y, por tanto, hubiera bastado sujetar la libertad de contratar al cumplimiento de las leyes de orden público.

  El orden público es un concepto difícil de definir y el artículo usa una expresión poco feliz al exigir la no contravención de las *leyes* de orden público. Decimos esto porque el orden público es un concepto jurídico que no sólo tiene que ver con las leyes, sino con otros componentes del Derecho. Consideramos adecuado repetir aquí una opinión ya dada antes por nosotros respecto de este tema:

  "El orden público es un concepto esencialmente jurídico, que atañe al cumplimiento ineludible de las normas imperativas. Hace referencia al Derecho, y también se vincula al orden interno en el sentido de la preservación de las reglas generales de la organización

---

una completa idea de la regulación de los contratos en el Derecho Constitucional (más allá de sus bondades o deficiencias, de las que nos ocupamos en los comentarios respectivos a ambas disposiciones).

social. Así, el orden público no puede desvincularse totalmente de los conceptos político-sociales, aún cuando su ámbito específico resulta siendo el Derecho.

Esto, porque el orden público puede figurar expresamente mencionado en determinados dispositivos, pero ellos no deben ser entendidos simplemente en su sentido literal: tras las normas existen muchos principios generales del Derecho que dan contenido, significado conjunto y hasta sentido a las normas positivas. Estos principios pueden ser trabajados en el Derecho con diversas aproximaciones, desde la doctrina, hasta los procedimientos de interpretación e integración (177).

Es más, como el artículo V del Título Preliminar del Código Civil dice que "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres", vale la pena destacar que un contrato de éstos que habla la Constitución (problema de contrato y convenio al que nos referimos líneas más abajo) siempre será nulo cuando violente, no sólo las leyes de orden público, sino también otras normas relacionadas con él y aún las buenas costumbres que, por lo demás, también deben ser consideradas parte del orden público (178).

En síntesis, consideramos correcto sujetar la libertad de contratación al requisito de obedecer el orden público, pero creemos que debe ser entendido en el sentido amplio que le hemos dado en este comentario, y no en el sentido estricto y literal de sólo referirse a las *leyes* de orden público.

Hasta aquí el texto del artículo. Sin embargo, se presenta un problema de comprensión del alcance de la libertad porque el término con-

---

(177) RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, p. 103.

(178) Nos hemos ocupado con extensión de toda esta problemática en nuestra obra citada: *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989, p. 105 a 108. Allí referimos la fundamentación de esta afirmación que, desde luego, no debe llamar mucho la atención.

trato tiene una significación bastante precisa dada por el artículo 1351 del Código Civil que dice:

"Código Civil, artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

¿Quiere esto decir que sólo se puede ejercitar esta libertad en función de intereses patrimoniales? Si la tomáramos exclusivamente en este sentido, De la Puente y Lavalle nos indica algunos de los elementos que quedarían fuera de ella:

> Se ha visto que lo que determina la patrimonialidad de la relación jurídica es la valoración económica de la prestación. Dado que la prestación es, en realidad, el contenido de la obligación, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato es una relación obligacional.
>
> El requisito de la patrimonialidad de la relación jurídica excluye del campo del contrato todo acto jurídico relativo a relaciones personales o familiares, diferentes de las obligacionales. En estas relaciones no existen obligaciones, pues la obligación para serlo debe tener como contenido una prestación valorable económicamente, sino «deberes», que obligan -en el sentido lato de la palabra- a quien los ha asumido, pero que no pueden ser realizados por equivalencia sobre el patrimonio del deudor. Generalmente para estos deberes de carácter jurídico, que no tienen contenido patrimonial, existen sanciones diversas impuestas legalmente (179).

Y es que en el mundo del Derecho existen dos términos que no quieren decir exactamente la misma cosa, pero que no todos los abogados (menos aún quienes elaboran la Constitución que no necesariamente manejan todos los detalles de la conceptualización del Derecho) conocen debidamente. Se trata de los términos *convención* y *contrato*. Dice De la Puente y Lavalle:

---

(179) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Parte I, Tomo I, pp. 103-104.

Decía Pothier que un contrato es una especie de convención, por lo cual para saber lo que es un contrato era antes necesario saber que es una convención.

Según el mismo autor, una convención es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, para resolver uno existente, o para modificarlo, agregando que la especie de convención que tiene por objeto sólo formar algún compromiso, es lo que se llama contrato.

La concepción de Pothier fue recogida por el artículo 1101 del Código Napoleón, según el cual el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otras o varias más, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. De allí, esta concepción se difundió considerablemente en el siglo XIX.

Surgió así el criterio de que la convención es el género, en el sentido que puede crear, modificar o extinguir cualquier relación jurídica, y el contrato es la especie, pues sólo puede crear obligaciones (de dar, de hacer o de no hacer).

Por eso dice Sánchez Román que contratar es siempre convenir, pero que convenir no es siempre contratar (este autor considera que las convenciones pueden ser jurídicas o no jurídicas, y que sólo las jurídicas son el género de la especie, contrato) (180).

En verdad, nuestra opinión consiste en que en el inciso constitucional que comentamos está el derecho reconocido a cada persona para coincidir en voluntades con otra y generar una convención sobre cualquiera de las materias que resulten lícitas para el Derecho. En otras palabras, se trata más propiamente de una *libertad de convenir* que de una *libertad de contratar*, en la medida que esta última no es sino una especie de la anterior: si asumimos que la libertad es de convenir, estaremos ampliando en

---

(180) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Parte I, Tomo I, p. 84.

calidad y cantidad, las posibles decisiones que tomen las personas en ejercicio de su libertad.

De otro lado, no se ve bien porqué en el contexto de los derechos fundamentales, sólo se garantice a las personas el derecho de contratar con fines patrimoniales, existiendo muchos otros campos muy importantes para el ser humano en los que la convención no significará valor patrimonial y, de hecho, será mejor que no llegue a significarlo.

Por esto, sería adecuado que en futuras modificaciones constitucionales se adoptara un lenguaje que permita entender claramente que hablamos de convenciones y no sólo de contratos con contenido patrimonial, tanto más, si existe la definición del artículo 1351 del Código Civil.

Desde luego, este derecho de *convenir* como hemos señalado, está plenamente respaldado por las garantías constitucionales existentes, a las cuales se puede recurrir para protegerlo.

Hubo un caso muy sonado en el que, entre otros elementos, se discutió la libertad de contratar. Se trataba de una ley que creó una bolsa de trabajo organizada por los sindicatos, de la que los empleadores tenían obligación de contratar a un porcentaje no menor del 25% de los obreros que tomaban para sus obras. Los gremios patronales interpusieron acción contra esta ley y los resultados en lo que atañe a nuestra materia nos son contados por Martín Carrillo Calle. Primero las opiniones de la mayoría que declaró infundada la acción contra la ley de la bolsa de trabajo:

> Libertad de Contratación: A pesar de que el Fiscal de la Nación no incluyó en su demanda a la libertad de contratación entre el conjunto de derechos fundamentales que supuestamente resultaban transgredidos por la Ley 25202, la sentencia del TGC sí se pronuncia sobre la materia. Al respecto, los magistrados en mayoría sostiene que la libertad de contratar, tal como lo reconoce el propio artículo 2 inciso 12 de la Constitución al consagrarla, «no es absoluta», en tanto ella debe ser regulada por ley «para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso de derecho». Siguiendo con su argumentación los referidos magistrados señalan que esta limitación es aceptada y funciona en el campo del Derecho Civil –tal como lo demuestran los artículos 1354 y 1355 del propio Código

Civil–, por lo que se preguntan: «Cómo se podría, válida y jurídicamente argumentar, que en el ámbito laboral el arbitrio del empleador para contratar no tiene límite?» (181).

A continuación, los votos en minoría que sostuvieron que la Ley de la Bolsa de Trabajo debía invalidarse:

> Por el contrario, uno de los magistrados que votó en minoría sostiene que la Bolsa de Trabajo atenta contra la libertad de contratar, fundamentando tal aseveración en que se obliga a los constructores a que el 25% «de sus plazas de trabajo sean cubiertas por personal elegido e impuesto por los sindicatos de construcción civil». Para el otro magistrado que votó en minoría, la Ley 25202 también viola la libertad de contratar, ya que resulta imponiéndole al empleador su «contraparte en el contrato de trabajo (182).

Indudablemente la argumentación de la mayoría pudo hacerse en virtud de la mayor flexibilidad que establecía la Constitución de 1979 a favor de los jueces para analizar *"los principios de justicia y evitar el abuso del derecho"* en materia de contratación. Seguramente con la redacción actual del inciso que comentamos la sentencia del Tribunal sería ahora distinta. Si no necesariamente en otro sentido, sí por lo menos requeriría mayor fundamentación.

En lo que a nosotros concierne, pensamos que aún bajo la Constitución de 1993 sería posible mantener la constitucionalidad de una ley así, en la medida que el Derecho del Trabajo tiene sus propios principios y establece determinadas vinculaciones para el contrato de trabajo, que hacen que sea una institución regulada, antes que simplemente un acuerdo de voluntades entre patrón y trabajador. En ese contexto, el establecer

---

(181) CARRILLO CALLE, Martín. *La Bolsa de Trabajo y el control de la constitucionalidad.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 52.

(182) CARRILLO CALLE, Martín. *La Bolsa de Trabajo y el control de la constitucionalidad.* VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional.* Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 52.

un cierto porcentaje de gente de trabajo que no puede ser escogida individualmente por el empleador sino que tiene que ser incorporada por el procedimiento de la bolsa de trabajo, no parece ser un elemento distorsionante de la contratación, tanto más si esas personas no son especializadas ni escogidas, no al menos en todos los casos, por sus capacidades individuales. No hay que olvidar que la presunción de constitucionalidad siempre beneficia a la ley y que sólo se debe declarar la incompatibilidad cuando no haya forma de encontrar la compatibilidad entre Constitución y norma inferior.

Otro caso resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales tiene que ver con el contrato de servicio telefónico y las atribuciones coactivas que corresponden a la Compañía que presta el servicio:

ANTECEDENTES

La accionante interpone acción de amparo alegando que, con fecha quince de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro, adquirió por compra-venta el servicio telefónico número cuatrocientos un mil setecientos cincuenta y nueve, de su anterior usuario, Ernesto Agustín Lozada Podestá, por carta notarial ajustada a la norma contractual que faculta la transferencia directa entre usuarios.

Como consecuencia, pide el traslado del servicio telefónico adquirido, del inmueble del anterior usuario, ubicado en Lord Cochrane número ciento ochenta y uno, San Isidro, a su domicilio, ubicado en los Robles número quinientos cinco, departamento doscientos dos, San Isidro, Lima.

El traslado se hizo a fines del mes de enero de mil novecientos ochenta y cinco, de conformidad con las órdenes de trabajo impartidas por la empresa accionante, que llevan los números ocho mil cuatrocientos ochenta y dos y ocho mil cuatrocientos ochenta y tres.

Por carta de trece de mayo de mil novecientos ochenta y cinco, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. comunica a la accionante que, después de una inspección al servicio telefónico número cuatrocientos un mil setecientos cincuenta y nueve, ha llegado a la conclusión de que el traslado referido ha sido hecho sin su conocimiento, por cuya razón se le suspenderá el servicio.

La afectada hace las reclamaciones verbales y escritas con las que no logra lo que estima como su derecho.

El diez de setiembre de mil novecientos ochenta y cinco, la Compañía emplazada comunica que ha procedido a retirar, de manera definitiva, el servicio telefónico referido.

La acción de amparo es fundamentada en la violación de un derecho de la persona establecido en el artículo segundo, inciso doce, de la Constitución del Estado [...]

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

En la demanda de fojas dieciocho la accionante, interpone acción de amparo, contra la Compañía Peruana de Teléfonos sosteniendo que por haber procedido a retirar definitivamente al servicio telefónico número cuatrocientos un mil setecientos cincuenta y nueve, en forma arbitraria, a pesar de que solicitó y fue autorizado el traslado del servicio que había adquirido con su consentimiento se ha lesionado derechos constitucionales; que en la sentencia venida en casación se sostiene que entre las partes existe un contrato y que si una de ellas atribuye a la otra su cumplimiento, la acción de amparo no es la idónea, entendiéndose que, como consecuencia de este análisis declara improcedente la demanda, toda vez que las otras consideraciones se refieren a aspectos distintos de la improcedencia; que siendo esto así, resulta que la resolución impugnada no se ampara en el mérito del proceso, toda vez que, como es de verse de la demanda, no se busca que la demandada cumpla el contrato de su referencia, sino se trata de analizar si los hechos expuestos constituyen o no actos violatorios de su derecho constitucional; por estas consideraciones y estimando que ha habido abuso del derecho por parte de la Compañía accionada, el Tribunal de Garantías Constitucionales, FALLA: declarando fundado el recurso de casación interpuesto, devolviéndose lo actuado a la Corte Suprema de su procedencia para que expida nueva resolución". (Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales emitida en Arequipa el 8 de junio de 1989, en la acción de amparo interpuesta por María Ascoli de Gugliotta contra la Compañía Peruana de Teléfonos S.A.)

En nuestro criterio existe aquí una violación del derecho de contra-

tar aludido en las piezas del proceso, pero de la siguiente manera: la demandante recibió en transferencia una línea telefónica mediante un contrato que estaba autorizado por la ley. Al retirársele el servicio lo que se hace es dañar el contrato hecho legalmente y, por consiguiente, sí se está violando el derecho a contratar con fines lícitos.

No consideramos que se haya producido un abuso del derecho porque no existe derecho que la Compañía de Teléfonos haya usado o abusado. Simplemente, sin reconocer un contrato válidamente hecho, ha procedido a desconectar la línea. Este no es un abuso, sino un claro incumplimiento del contrato de servicio telefónico alegando que el contrato no existe, probablemente, porque tiene vicios de formación.

En cualquier caso, la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales tiene valor al declarar la validez de un contrato hecho de acuerdo a ley y su protección por la acción de amparo de la manera como nosotros creemos entenderlo, y sirve como precedente para casos similares futuros, aún bajo el imperio del artículo 2 inciso 14 de la Constitución de 1993, ya que la resolución que tratamos fue dictada al amparo de la Carta de 1979.

Es preciso concluir el tratamiento de este inciso 14 del artículo 2 de la Constitución diciendo que el artículo 62 ha establecido que los contratos son inmodificables por leyes posteriores. Comentaremos esta norma en su oportunidad pero será aplicable a aquellas convenciones que tengan forma de contrato.

19. Artículo 2 inciso 15

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
> *[...]*
>
> *15. A trabajar libremente, con sujeción a ley. [...]».*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La libertad de trabajo fue protegida en los textos constitucionales desde 1826, al lado de la libertad de industria y comercio, con el siguiente contenido:

"Constitución de 1826, artículo 148.- Ningún género de trabajo, industria ó comercio, puede ser prohibido, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad, y a la salubridad de los Peruanos".

Normas similares pueden ser ubicadas en el artículo 166 de la Constitución de 1828; en el artículo 162 de la Constitución de 1834 y en el artículo 169 de la Constitución de 1839.

La Constitución de 1856 da al trabajo un tratamiento propio en los textos constitucionales por primera vez:

"Constitución de 1856, artículo 22.- Es libre todo trabajo que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública".

Se observa una ligera variante, con mayor grado de abarcabilidad, en la Constitución de 1860, texto que con ligeras modificaciones es mantenido en el artículo 22 de la Constitución de 1867:

"Constitución de 1860, artículo 23.- Puede ejercerse libremente todo oficio, industria ó profesión que no se oponga a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública".

Una versión modernizada se encuentra en la Constitución de 1920:

"Constitución de 1920, artículo 46.- La Nación garantiza la libertad de trabajo, pudiendo ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública.

La ley determinará las profesiones liberales que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo".

La primera parte de este artículo, con ligeras modificaciones pero

igual sentido normativo, fue reproducida en el 42 de la Constitución de 1933.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

13. A elegir y ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley [...]".

Lo sustantivo entre la Constitución de 1979 y la de 1993 en este punto es similar: ambas defienden la libertad de trabajo como principio. La Constitución de 1979 tenía en nuestro criterio una mejor redacción al permitir dos cosas: elegir y ejercer el trabajo. La fórmula del inciso 15 del artículo 2 de la Constitución de 1993 atenúa, en cierta medida, la connotación de que la elección del trabajo es también libre. Desde luego, para la mayoría de peruanos el derecho de elegir libremente su trabajo es bastante restringido y para muchos, simplemente no existe, pero no por razones jurídicas sino de realidad económica. En cualquier forma, es bueno que la norma exista para que quienes puedan ejerzan sus libertades y para que este grupo humano se incremente con derecho propio.

Por estas razones, estimamos que la redacción de la Constitución de 1979 era mejor que la que contiene el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El artículo vincula la libertad de trabajo a la sujeción a la ley, lo que constituye un principio de todo el Derecho: toda libertad es ejercitada en el marco de las normas existentes y no se podrá reclamar su utilización en el ámbito de lo ilícito.

El derecho al trabajo ha sido uno de los temas que con mayor empeño han tomado los instrumentos internacionales referentes a los derechos humanos y esta importancia es proporcional a las carencias que de

él existen en el mundo. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece lo siguiente:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 23.-

1.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo [...]».

A pesar se lo escueto del texto, se ofrecen aquí bastantes más detalles que en la Constitución vigente: no sólo se tiene derecho a trabajar libremente, sino que se tiene derecho:

- Al trabajo, es decir, a trabajar, que no es lo mismo que trabajar libremente. Es verdad, sin embargo, que el artículo 22 de la Constitución dice que el trabajo es, a la vez, un deber y un derecho.
- Establece la libre elección del trabajo que era una norma ya vista en la Constitución de 1979, cuya desaparición hemos criticado antes.
- El derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, que tiene que ver con los derechos que caben a la persona mientras realiza su trabajo. Este aspecto no ha sido cubierto como un derecho general en nuestra Constitución y, menos aún, en este artículo.
- El derecho a la protección contra el desempleo. Esta es una seguridad que no da la Constitución ni en esta parte, ni en los artículos referidos a seguridad social (que van del numeral 10 al 12) ni en los referidos a las relaciones laborales (artículos 22 a 29).

El aporte del Pacto Internacional a las normas sobre trabajo consiste en lo siguiente:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Artículo 8.-

[...]

3.- a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser casti-

gados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como «trabajo forzoso u obligatorio», a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales».

«Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 6.-

1.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2.- Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana».

La síntesis de lo que añade el Pacto Internacional es la siguiente:

- Prohibir expresamente el trabajo forzoso.
- Considerar que no es trabajo forzoso: ni el que realicen los presos luego de condenados por un juez de acuerdo a ley, ni el servicio militar, ni el trabajo de solidaridad social que sea necesario por casos de catástrofe o que pertenezcan a las obligaciones cívicas normales. Son normas que aclaran aspectos importantes de la libertad de trabajo, no existentes en nuestra Constitución, ni siquiera bajo una referencia general.
- En el artículo 6 apartado 1 impone al Estado la obligación de tomar medidas para garantizar la libertad de trabajo. Es una responsabilidad que la Constitución no ha establecido expresamente en el Perú pues el segundo párrafo del artículo 23 no tiene este significado, y tampoco lo tiene la parte del artículo 59 que establece garantía a la libertad de trabajo. Ninguna de estas normas, que desde luego son importantes en sí mismas, es promocional del trabajo para tener libertad de elegir, que es lo que establece el Pacto Internacional.

En cambio, este mismo artículo 23 sí recoge en el compromiso de fomentar la educación para el trabajo, lo que manda el apartado 2 del artículo 6 del Pacto.

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.-

[...]

2.- Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohibe el cumplimiento de dicha pena impuesta por el juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido.

3.- No constituye trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse

bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b) el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad; y

d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales».

Puede verse que la Convención Americana repite las normas del Pacto Internacional, sin añadir nada sustantivo.

«Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

b. El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

[...]».

Este Protocolo añade en su inciso b. la importante vinculación entre la libertad de trabajo y la vocación. Es una vinculación tremendamente lejana aún para buena parte de la población mundial y particularmente, para la mayoría de la población peruana, pero como declaración que oriente el trabajo gubernativo y las aspiraciones de las personas, es totalmente pertinente en este campo.

« Convenio N.29 OIT, artículo 2.-

1.- A los efectos del presente Convenio, la expresión «trabajo forzoso u obligatorio» designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente [...]».

La definición que este Convenio da del concepto trabajo forzoso u obligatorio tiene, al menos para la realidad peruana, el defecto de establecer como uno de los elementos sustantivos el de la amenaza de una pena. En el Perú muchas veces se produce el trabajo servil, impuesto por una familia sobre personas allegadas a ella por vinculaciones como el padrinazgo o la pertenencia a la tierra de su propiedad. No es la pena en el sentido jurídico de la palabra el único mecanismo de coerción que se utiliza para obligar al trabajo involuntario. Si es correcta, en cambio, la referencia a la necesaria expresión de voluntad a favor de realizar el trabajo.

«Convenio N.29 OIT, artículo 2.-

[...]

2.- Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión «trabajo forzoso u obligatorio» no comprende:

a) Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

c) Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootías violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población.

e) Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos».

Esta norma, particularmente en los incisos d) y e) contiene aclaraciones importantes sobre los trabajos de servicio a la sociedad que pueden ser establecidos mandatoriamente. Estamos plenamente de acuerdo con su contenido.

«Convenio N.105 OIT, artículo 1.- Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio:

a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido;

b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;

c) como medida de disciplina en el trabajo;

d) como castigo por haber participado en huelgas;

e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa».

Consideramos que todas estas limitaciones al trabajo forzoso, no expresamente mencionadas en los documentos anteriores y que enriquecen la visión global del tema, son razonables y deben ser consideradas como elementos de la otra cara de la medalla de la libertad de trabajo.

En síntesis, el aporte que los instrumentos internacionales hacen al concepto de libertad de trabajo que aquí desarrollamos son los siguientes:

- El derecho a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias y a protección contra el desempleo.
- La relación que debe haber entre la libertad de trabajo y la vocación que tenga la persona que debe ejercitar tal derecho.
- La obligación del Estado de tomar medidas para garantizar la libertad de trabajo.
- Todo un detallado tratamiento de la prohibición del trabajo forzoso y sus excepciones, cosa a la que, en realidad, está dedicado buena parte del esfuerzo de estos documentos internacionales.

Todos estos aspectos normativos forman parte de los derechos constitucionales reconocidos en el Perú y pueden ser protegidos mediante las garantías constitucionales en caso necesario.

El derecho a la libertad de trabajo tiene vinculación con el inciso 1 del artículo 2 en lo que se refiere al libre desarrollo y bienestar de la persona porque, para lograr cabalmente esto último el trabajo es elemento indispensable. También tiene vinculación con el artículo 22 que señala que el trabajo es un derecho y un deber al mismo tiempo y que es un medio de realización de la persona.

20. Artículo 2 inciso 16

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

16. A la propiedad y a la herencia. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 inició el reconocimiento de la propiedad como derecho:

"Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

3.- La propiedad.

[...]".

La Constitución de 1826 también reconoció la propiedad, al lado de otros derechos consustanciales al liberalismo original de aquellos tiempos (la norma fue repetida de forma casi idéntica por el artículo 149 de la Constitución de 1828):

"Constitución de 1826, artículo 142.- La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad, y la igualdad ante la ley se garantizan a los ciudadanos por la Constitución".

La Constitución de 1834 elaboró una disposición que trata de la inviolabilidad y que vincula el tratamiento de la propiedad al de la expropiación (redacción que fue seguida por el artículo 167 de la Constitución de 1839):

"Constitución de 1834, artículo 161.- Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público legalmente reconocido exigiere que se tome la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor".

La Constitución de 1856 añadió la necesidad de preestablecer la utilidad pública para proceder a la expropiación:

"Constitución de 1856, artículo 25.- La propiedad es inviolable: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada".

Norma semejante contienen el artículo 26 de la Constitución de 1860 y el artículo 25 de la Constitución de 1867.

La Constitución de 1920 innova el tratamiento de este derecho al establecer la regla de que la propiedad se rige por las leyes peruanas y la consagración constitucional de los bienes de uso público.

"Constitución de 1920, artículo 38.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria ó artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos. Se prohibe las vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes".

El conjunto de reglas establecidas por la Constitución de 1933 sigue el patrón señalado por la Constitución de 1920. La norma central de 1933 está en el artículo 29.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 decía al respecto:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

14. A la propiedad y a la herencia, dentro de la Constitución y las leyes

[...]"

Los derechos a la propiedad y a la herencia están reconocidos en idéntica y escueta forma en ambos textos constitucionales. Desde luego, cada Constitución tiene una parte especial referida a la propiedad y que analizamos oportunamente. No ocurre lo propio con el derecho a la herencia que, constitucionalmente, sólo está tratado en las disposiciones

que vemos ahora. Como se sabe, sí es extensamente desarrollado en el Código Civil.

La Constitución de 1993 ha suprimido la segunda parte referida a que ambos derechos se rigen dentro de la Constitución y las leyes pero eso no tiene significado normativo ni hermenéutico alguno porque nadie está exonerado, en referencia a ningún derecho, de actuar fuera de la Constitución y las leyes. Es cierto que, en realidad, no es necesario decirlo en el texto constitucional.

Análisis exegético

La propiedad fue un derecho consustancial a todo el liberalismo clásico. Ya puede ser encontrada en la Revolución Francesa como una de las pocas cosas sagradas que reconoció textualmente:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización".

Los textos internacionales también le dedican normas. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17.-

1.- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2.- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

La propiedad protegida no es sólo la individual. También puede haber formas colectivas de ella. Complemento es la no privación arbitraria. Es el mismo esquema que ya se podía apreciar en la Declaración francesa y en nuestra Constitución de 1834.

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,

artículo XXIII.- Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar».

La Declaración Americana pone énfasis sólo en la propiedad privada, pero liga su concepto a las necesidades de una vida decorosa. La idea es que la propiedad protegida tiene un vínculo con las necesidades y la dignidad de la persona. Esta reflexión es importante, no tanto para todos aquellos que ya tienen propiedad sino, precisamente, para los que carecen de ella. No debe ser entendida como una *igualación hacia abajo*, sino como un mínimo de propiedad indispensable para todos. El significado siempre es social, pero no es igual en sus efectos.

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.-

1.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2.- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

[...]».

La Convención incide sobre dos aspectos también importantes. El primero es el derecho de la persona a sus propios bienes, pudiéndose establecer la limitación de uso y goce al interés social. El uso de la propiedad en armonía con el interés social figuraba en la Constitución de 1979 y sobre él no se dice nada en la Constitución de 1993. Sí lo dice, en cambio, el artículo 923 del Código Civil:

"Código Civil, artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

Desde luego, este artículo fue redactado bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y cabe preguntarse si fue derogado con la Constitución de 1993.

En estricta interpretación constitucional, consideramos que no por

dos razones: la primera, porque no es incompatible con su texto y, la segunda, porque queda amparado en el inciso que comentamos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde luego, también podría ser derogado en la medida que ni en la Convención ni en la Constitución hay obligación de regir la propiedad por el interés social, pero esto es un asunto distinto: mientras exista, el artículo tendrá vigencia.

La finalidad social de la propiedad ha sido señalada insistentemente por la doctrina Social de la Iglesia Católica y tiene una inmensa legitimidad moral que debe ser traducida a la legislación positiva. Por ello, y más allá de que esté protegida por la Convención Americana, consideramos que debería figurar en la Constitución de manera expresa.

Dice el Papa Juan Pablo II al cumplirse el vigésimo aniversario de la Encíclica *Populorum Progressio*, en ratificación de la línea doctrinal católica, lo siguiente:

> Es necesario recordar una vez más aquel principio peculiar de la doctrina cristiana: los bienes de este mundo están originariamente destinados a todos. El derecho a la propiedad privada es válido y necesario, pero no anula el valor de tal principio. En efecto, sobre ella grava «una hipoteca social», es decir, posee, como cualidad intrínseca, una función social fundada y justificada precisamente sobre el principio del destino universal de los bienes (183).

El otro aspecto importante de la Convención son las reglas de expropiación que se conforman a los principios generales aplicables a la materia y que nosotros comentamos con mayor extensión al tratar el artículo 70.

La propiedad ha sido descrita en el artículo 923 del Código Civil. Dice que es un poder que permite cuatro efectos:

---

(183) Juan Pablo II, Papa F.R. *Sollicitudo rei socialis*. s.l., Editorial Salesiana, s.f. Parágrafo 42, p. 42.

El primero consiste en usar, esto es, servirse del bien directamente.

Sobre este poder de la propiedad hay una resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales ilustrativa:

En el caso, Dante Tejada Velazco pidió licencia de construcción para realizar obras en un predio de su propiedad al alcalde de Lucanas con fecha 20 de abril de 1983. Reiteró la petición el 2 de diciembre de 1983 y el 8 de marzo de 1984. No recibió respuesta alguna. El 23 de abril de 1984 el interesado se dirigió al Subprefecto de la provincia pidiéndole garantías para realizar la construcción. La Corte Superior de Ica considera en la resolución de esta acción de amparo que, en estas circunstancias, se ha violado el derecho establecido en el artículo 2 inciso 14, concordante con el inciso 12 del artículo 24 de la ley 23506. Dice lo siguiente:

"CONSIDERANDO: que el actor Don Dante Velazco Condori propietario del terreno ubicado en la segunda cuadra del Jirón Ayacucho sin número de la Ciudad de Puquio, capital de la Provincia de Lucanas del Departamento de Ayacucho con fecha veinte de abril de mil novecientos ochentitrés se dirigió al señor Alcalde del Concejo Provincial de Lucanas solicitando licencia de construcción para edificar su vivienda, adjuntando al efecto la documentación requerida; que esa petición la reiteró el dos de diciembre de mil novecientos ochentitrés y el ocho de marzo de mil novecientos ochenticuatro sin recepcionar respuesta dentro del plazo previsto en el artículo cincuentitrés del Decreto Supremo cero cero seis-80 de once de noviembre de mil novecientos sesentisiete -fojas seis y siete-; que, inclusive ante la actitud del Concejo aludido la parte actora se dirigió al señor Sub-Prefecto de dicha Provincia con fecha veintitrés de abril de mil novecientos ochenticuatro, solicitándole garantías para efectuar dicha construcción -fojas nueve-; que, estos hechos evidencian sin asomo de duda la clara violación del derecho que concede al actor el inciso décimo cuarto el artículo segundo de la Carta Fundamental concordante con el inciso décimo segundo del artículo veinticuatro de la Ley veintitrés mil quinientos seis, sin que la Resolución Municipal copiada a fojas veintidós dictada por dicho Concejo el dieciséis de mayo de mil novecientos ochenticuatro, es decir más de un año después de formulada la petición antedicha, con el propósito de cohonestar su derecho pueda restarle valor o enervar los argumentos expuestos; que teniendo por objeto

las acciones de garantía reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, en el presente caso debe además ordenarse el cumplimiento incondicional e inmediato de dicho acto, conforme a lo determinado en el artículo primero y artículo cuarto de la Ley últimamente citada; que de acuerdo a este último considerando debe completarse en ese aspecto la resolución recurrida; CONFIRMARON el auto apelado [...] que declara fundada la acción de garantía interpuesta [...]". (Sentencia de la Corte Superior de Ica del 15 de febrero de 1985, en la acción de amparo interpuesta por Dante Velazco Condorio contra el Alcalde del Concejo Provincial de Lucanas).

Resulta evidente que lo que el Tribunal entiende (aunque no lo dice expresamente) es que se está impidiendo el uso del terreno para sus fines al negarse el Consejo a resolver sobre lo pedido y, en consecuencia, se entiende que se está violentando el ejercicio de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Por su naturaleza, esta resolución puede bien actuar como precedente también bajo la Constitución de 1993 pues las normas que resultarían aplicables con ella son sustantivamente similares a las que sirvieron para este pronunciamiento.

El segundo derecho es disfrutar y consiste en percibir sus frutos y productos. Las reglas están establecidas entre los artículos 890 y 895 del Código Civil. Frutos son los provechos renovables que produce un bien sin que disminuya su sustancia (Código Civil, artículo 890), en tanto que los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (Código Civil, artículo 894).

El tercer derecho consiste en disponer, es decir, dar destino al bien: donarlo, darlo en comodato, alquilarlo a terceros, etc.

El cuarto derecho consiste en reivindicar, esto es, recuperar el bien de quienes lo tienen sin derecho. Para ello se utiliza la acción reivindicatoria considerada en el artículo 927 del Código Civil.

Desde luego, las disposiciones del Código Civil son las reglas generales aplicables a la propiedad privada que se añaden a las que la Constitución establece a partir del artículo 70 y que comentaremos en su oportunidad. Además, existen multitud de otras disposiciones sobre propiedad en los más diversos ámbitos, destacando la legislación sobre la

titularidad de las empresas y de los derechos de propiedad intelectual. La propiedad ha crecido en significación y complejidad en el mundo moderno y, por ello, tiene muy diversos tratamientos en función de cada ámbito y de cada tipo de bienes sobre los que es ejercitada.

La propiedad es un derecho que puede ser defendido mediante recurso a las garantías constitucionales establecidas.

El derecho a la herencia consiste en acceder a la propiedad de los bienes de aquél que ha fallecido por cualquiera de estas dos razones:

- Bien porque son sus heredero forzosos según la ley; o bien
- Porque voluntariamente ha dejado parte de sus bienes a título universal o por legados a determinadas personas y dentro de los límites que establece la ley.

El derecho a la herencia se regula en todo un libro del Código Civil dedicado al Derecho de Sucesiones y que tiene que ver con todas las posibilidades de transmisión de la herencia, haya declaración de voluntad del causante o no la haya, hayan herederos forzosos o no los haya.

Es un derecho reconocido por la Constitución y, cuando sea denegado puede entablarse la garantía constitucional correspondiente. Entendemos que se niega el derecho a la herencia cuando alguien, teniendo la posibilidad de reclamar todo o parte de una herencia, se le niega tal condición globalmente. Los derechos específicos sobre tal herencia, sea como heredero forzoso o como heredero voluntario, no podrán ser reclamados por vía de las acciones constitucionales sino a través de los procedimientos civiles específicos.

21. Artículo 2 inciso 17

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***7. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.***

Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referendum. [...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de esta norma en la Constitución de 1979 es el siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

16. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

[...]".

El texto de este inciso 16 del artículo 2 de la Constitución de 1979 está íntegramente contenido en la primera parte del inciso 17 del artículo 2 de la Constitución de 1993. El resto de los derechos establecidos en este último inciso es aporte directo de la Constitución de 1993, al menos en cuanto concierne a incluirlos entre los derechos fundamentales de que habla el artículo 2.

Análisis exegético

Se establece en este artículo el derecho global de las personas a la participación en las dimensiones política, económica, social y cultural de la Nación. Puede verse que en nuestro sistema constitucional tiene como antecedente sólo a la Constitución de 1979, lo que habla de su novedad entre nosotros. No puede ser de otra manera: una República tradicionalmente aristocrática y con sistemas muy duros de restricción de la participación real ciudadana en el pasado, es recién en la segunda mitad del siglo XX que puede, o tal vez sería mejor *debe* hablarse de participación política para todos. Es fruto de las transformaciones sociales ocurridas y la correspondiente irrupción de las grandes masas nacionales a la vida social y política. El acelerado proceso de urbanización de la población

durante las últimas tres décadas, tiene un rol muy importante en estas definiciones.

La Constitución indica que la participación será individual o asociada. La participación individual supone el derecho del individuo a involucrarse por sí, y sin el concurso inmediato al menos de otras personas, en las diferentes dimensiones de la vida social.

La participación asociada significa que la persona también puede juntarse con otras para unir esfuerzos y experiencias en pos de la participación. En cierta forma, este artículo legitima el fin de la participación para el ejercicio del derecho de asociación que está contenido en el inciso 13 del artículo 2 de esta Constitución.

Esta participación se da en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, dice la Constitución.

La vida política es la que tiene relación con el ejercicio del poder y su organización (que en parte es la de todo el aparato del Estado, pero de la que a su vez forman parte los partidos políticos, las organizaciones sociales del más diverso tipo, etc). Para la participación en la vida política, se exige el requisito de ser ciudadano y éste se halla definido en el artículo 30 de la Constitución: "Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral". Comentaremos oportunamente estas normas. En política se participa de muchas maneras. Las más elementales son la expresión de la opinión política y el ejercicio del derecho del voto. De allí hay una gama intermedia muy grande y variada de formas de participación, hasta llegar a la postulación y ocupación de los cargos de Estado más relevantes políticamente: Presidencia de la República, mandato de congresista, ejercicio de la función de Ministro de Estado, de Alcalde o regidor, etc.

La vida económica es el ejercicio del trabajo y del movimiento de capitales en la economía. Puede consistir en una labor puramente especulativa (juego de acciones y valores en bolsa), en la producción de bienes (actividad industrial), en la prestación de servicios (labores especializadas profesionales, de consultoría, etc), o en la distribución de bienes (actividades comerciales). Combinada con la participación individual o asociada, esta dimensión de la vida social permite desde el trabajo personal ais-

lado, hasta la conformación de grandes empresas en las que las personas participan de diversas maneras y en diversos grados.

La vida social de la nación es el conjunto de relaciones que se establecen entre los hombres en un determinado grupo social. Supone ubicaciones determinadas, especializaciones, relaciones del más diverso tipo, ceremoniales y costumbres diversas. La persona no tiene otros límites que los que señale la ley para su participación en la vida social.

La vida cultural de la nación toma la palabra *cultural* en un sentido específico, que no es el que hemos dado al vocablo *cultura* al comentar incisos anteriores. La vida cultural significa todo el dominio relativo a las artes y al desarrollo del espíritu. La persona puede participar aquí, también individual o asociadamente, como un ente pasivo que admira las obras de otros (lee, participa en espectáculos, etc.), o también como un ente activo que produce cultura: pinta, esculpe, escribe, actúa en obras diversas, etc.

En todas estas cuatro dimensiones, la Constitución garantiza una participación amplia a todas las personas (salvo a quienes no son ciudadanos en la vida política) y esta participación tiene que estar necesariamente concatenada al inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que establece la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. Desde luego, y también concordantemente, estas formas de participación deben realizarse tomando en cuenta que las personas tienen derecho no sólo a la vida cultural global de la sociedad, sino también a su propia identidad. Lo dice textualmente el inciso 19 del artículo 2 y es preciso recordarlo aquí.

Los instrumentos internacionales han tratado intensamente el tema de la participación, lo que indica claramente que nuestra realidad constitucional vivió en esto de espaldas a un proceso mundial de proporciones. Dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 27.-

1.- Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

[...]».

La Declaración Americana dice lo siguiente:

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIII.- Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

[...]».

Escueta, reconoce el derecho pero en términos generales.

El texto está claramente centrado en los aspectos culturales (que incluyen los artísticos) y científicos de la comunidad.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice:

«El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25.-

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

Como se ve, este Pacto pone énfasis en la participación política y en los cargos del Estado, sean políticos o administrativos. Detalla una serie de derechos que en el Perú están todos ya reconocidos por normas internas.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

«Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 15.-

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

[...]

2.- Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales».

En este caso, están resaltados los derechos culturales, que son propios del tema del Pacto, y se hace una vinculación muy interesante entre el derecho de participación en la vida cultural del país y el derecho a la libertad de creación, que ya viéramos antes en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución.

«Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 14.-

1.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;

b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

[...]

2.- Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

[...]».

En sustancia, esta norma repite las disposiciones anteriores.

A pesar que la participación política ha sido considerada en los instrumentos internacionales, los partidos que se orientan contra los principios establecidos para los derechos humanos y la organización democrática, no tienen reconocimiento. Corresponde esta decisión a la protección expresa que los instrumentos internacionales dan a estas instituciones. Dice O'Donnell:

> El Comité de Derechos Humanos ha tenido ocasión de examinar denuncias provenientes de dirigentes de partidos fascistas y racistas habiendo declarado que el Pacto Internacional no garantiza los derechos políticos ni las libertades públicas de individuos que se inspiran en dichas ideologías (184).

La segunda parte del inciso que comentamos, establece que los ciudadanos tienen los siguientes derechos: elección, remoción y revocación de autoridades, iniciativa legislativa y referéndum. Haremos una revisión

---

(184) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 307.

de cada uno de esos conceptos, para lo que nos es indispensable la Ley 26300, promulgada el 2 de mayo de 1994, que contiene la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos del Perú. Si bien esta disposición ha sido mal traída en la evolución de la vida política nacional, particularmente durante el año 1996, cosa que comentaremos al hablar con detalle del referendum a propósito de los artículos 31 y 32, aquí nos es útil por las definiciones que contiene.

Sus artículos de presentación global de los derechos de participación ciudadana son los siguientes:

«Ley 26300, artículo 2.- Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

a) Iniciativa de Reforma Constitucional;
b) Iniciativa en la formación de las leyes;
c) Referéndum;
d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales; y,
e) Otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales».

«Ley 26300, artículo 3.- Son derechos de control de los ciudadanos los siguientes:

a) Revocatoria de Autoridades.
b) Remoción de Autoridades;
c) Demanda de Rendición de Cuentas; y,
Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales»

Una constatación inicial es que el inciso 17 del artículo 2 está insuficientemente provisto porque no considera derechos que, en efecto, otros artículos constitucionales establecen: en particular el derecho de presentar propuestas de modificación constitucional (artículo 206) y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31). Es una deficiencia de técnica legislativa que debiera corregirse. A la inversa, el artículo 2 inciso 17 sí recoge el derecho de elegir que no es enumerado en la Ley 26300. Aún cuando las normas electorales tienen su propia ley, para dar coherencia al sistema legislativo, debería haber una mención a los derechos electorales,

nada menos que en la Ley de Participación Ciudadana. Otro defecto de técnica legislativa que corregir.

El derecho de elegir supone como dice el artículo 31 de la Constitución, tanto la potestad de elegir como la de ser elegido, esto es, votar y postular. Las normas que regulan este derecho están en la parte del Sistema Electoral de la Constitución y en la Ley de Elecciones.

Los derechos que la Ley 26300 llama de participación ciudadana pueden ser definidos de la manera que tratan los párrafos siguientes.

La iniciativa de reforma constitucional es el derecho de los ciudadanos de proponer al Congreso modificaciones a la Constitución. Para ello deben acompañar al texto de la modificación propuesta, las firmas del 0.3% del número de electores, con firmas comprobadas por la autoridad electoral (artículo 206 de la Constitución).

La iniciativa en la formación de las leyes tiene dos artículos que la caracterizan en la ley 26300:

«Ley 26300, artículo 11.- La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento de la población electoral nacional, recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial».

«Ley 26300, artículo 12.- El derecho de iniciativa en la formación de leyes comprende todas las materias con las mismas limitaciones que sobre temas tributarios o presupuestarios tienen los congresistas de la República. La iniciativa se redacta en forma de proyecto articulado».

La ley, adicionalmente, establece una serie de reglas de procedimiento que deberá seguir el Congreso para tramitar la propuesta popular y que han sido sucesivamente modificadas por modificada por la Ley 26592 del 17 de abril de 1996 y por la ley 26670 del 11 de octubre de 1996.

El referéndum ha sido caracterizado principalmente en el artículo 32 de la Constitución. Sobre él se ha dictado normas en la Ley 26300 y

también en sus dos modificatorias ya mencionadas: la Ley 26592 del 17 de abril de 1996 y la ley 26670 del 11 de octubre de 1996. En muchos aspectos, estas dos normas han desnaturalizado al referéndum en su sentido de participación ciudadana, al requerir para su ejercicio que haya previamente una ley no aprobada en el Congreso que haya alcanzado cuando menos dos quintos de los votos. Revisaremos todos estos dispositivos en el comentario del artículo 32.

La materia municipal tiene sus propias reglas en la Ley Orgánica de Municipalidades y la regionalización aún no existe en el país al momento de escribir estas páginas.

En cuanto a los derechos que la Ley 26300 llama de control, tenemos los siguientes:

Sobre revocatoria de autoridades dice lo siguiente:

"Ley 26300, artículo 20.- La Revocatoria es el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos a:

a) Alcaldes y Regidores;
b) Autoridades regionales que provengan de elección popular;
c) Magistrados que provengan de elección popular».

Este derecho tiene un trámite específico en la ley 26300 que desarrollaremos al tratar los derechos políticos con mayor detalle en el artículo 31 de la Constitución.

Sobre remoción de autoridades establece:

«Artículo 27.- La Remoción es aplicable a las autoridades designadas por el Gobierno Central o Regional en la jurisdicción regional, departamental, provincial y distrital. No comprende a los Jefes Políticos Militares en las zonas declaradas en estado de emergencia».

La no revocación de los Jefes Político-militares corresponde al hecho de que son autoridades nombradas en ámbito de dictadura constitucional (esto es, bajo el régimen de excepción contenido en el artículo 137 de la Constitución). En principio no habría problema teórico en que en

estos casos la remoción funcionara pero la Ley ha optado, y puede hacerlo desde que no existe incompatibilidad constitucional alguna, porque el derecho no exista.

Sobre la rendición de cuentas establece:

«Artículo 31.- Mediante la Rendición de Cuentas el ciudadano tiene el derecho de interpelar a las autoridades respecto a la ejecución presupuestal y el uso de recursos propios. La autoridad está obligada a dar respuesta. Son susceptibles de esta demanda quienes ocupan cargos sujetos a revocatoria y remoción.

Los fondos a que se refiere el Artículo 170 de la Constitución están sujetos a rendición de cuentas conforme a la ley de la materia».

Si tomamos en cuenta la ley 26300 al margen del proceso político que ha sufrido a mediados de la década de los años noventa, tendríamos que decir que es una ley de calidad y que abre posibilidades reales de participación. Sin embargo, las enmendaduras (que son más eso que modificaciones legislativas formales) que se le han hecho para evitar la participación ciudadana cuando ella empezó a movilizarse, producen una lamentable historia política sobre lo que es una necesidad y una promesa de más democracia: la participación política real del pueblo en las decisiones. Abordaremos los detalles de esta historia política reciente al tratar el artículo 31 de la Constitución.

22. Artículo 2 inciso 18

> ***«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:***
>
> ***[...]***
>
> ***18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.[...]».***

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 sobre este tema es la siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

17. A guardar reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole [...]".

Todo lo protegido por la Constitución de 1979 lo está de igual manera en la Constitución de 1993 con una pequeña diferencia de redacción que en nuestro criterio no significa modificación de importancia.

Añade la Constitución de 1993 la protección constitucional del secreto profesional, lo que es un cambio adecuado y positivo.

Análisis exegético

La primera parte del inciso establece el derecho a mantener reserva sobre todo tipo de convicciones. En realidad, es el derecho a permanecer en silencio sin por ello sufrir consecuencias jurídicas. Estas consecuencias podrían ser de dos tipos: o bien sanciones por la negativa a contestar, o bien una ficción de que, ante el silencio, se deba tomar por cierta una respuesta determinada.

La Constitución niega lo uno y lo otro. En lo primero, la sanción, simplemente la negativa a comunicarse carece de punición jurídicamente válida. En lo segundo, la posibilidad de atribuir un determinado sentido o respuesta al silencio, se aplica aquí el principio general de que el silencio no es declaración de voluntad a menos que la ley diga expresamente que la contiene. Lo mencionado se halla dicho en el artículo 142 del Código Civil:

"Código Civil, artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado".

No es fácil definir la convicción. Su significado en el *Diccionario de la Real Academia Española* la hace equivalente a convencimiento y éste es la acción y efecto de convencer o convencerse. A su vez, el significado de convencerse aplicable a lo que venimos tratando sería, textualmente, el siguiente: "Convencer.- [...] 2. Probarle una cosa de manera que racionalmente no la pueda negar".

Con este seguimiento, podemos llegar a algunas conclusiones. Son las siguientes:

- Las convicciones consisten en probanzas, por lo tanto, son ideas aceptadas sobre la realidad o las ideas, en todas sus dimensiones posibles. En la medida que están probadas, son una interpretación o una prescripción. Las convicciones no son puras abstracciones o ideas sin referente de comprobación en el pensamiento humano.
- La probanza que se ha hecho no puede ser negada racionalmente. Sin embargo, no se dice que la probanza es apodíctica, es decir, de las que no admiten contradicción. Por lo tanto, las convicciones no están en el ámbito de la lógica sino de la tópica, de lo opinable y discutible. En este sentido, son propias del sujeto porque, otros, pueden llegar a conclusiones distintas o adoptar otras interpretaciones.
- Sin embargo, al no poder ser negada racionalmente, la convicción tiene una razonabilidad intrínseca: no se puede probar apodícticamente pero es seria, verosímil. No es puro artificio mental o simplemente una elucubración indemostrable.

Si todos estos elementos son correctos, entonces las convicciones son las ideas que nos hemos formado del cómo y el por qué de las cosas, que no se refieren a hechos comprobables ni a verdades incontrovertibles, sino que, por el contrario, son elaboraciones propias, razonables y verosímiles, que pueden tratar sobre todos los aspectos de la realidad o de las ideas.

Ninguna persona está obligada a expresar sus convicciones en el más amplio sentido de la palabra, ni puede tampoco recibir sanción por ello, ni puede finalmente considerarse que su silencio tenga significación alguna. La persona puede, por consiguiente, utilizar las garantías constitucionales para proteger su silencio de todas estas posibles amenazas.

Como resulta obvio, son dos cosas distintas el derecho a guardar convicciones y la obligación de hacerlo. Este derecho quiere decir que la persona tiene la libertad de declarar o no declarar sus convicciones. Desde luego, por tanto, podrá hacerlas públicas cuando lo desee.

En su segunda parte, el dispositivo establece que las personas tienen derecho a guardar el secreto profesional. Hay aquí una deficiencia técnica porque, en rigor, no estamos sólo ante un derecho sino también ante un deber desde que el secreto profesional se debe al cliente. Además, no es estrictamente un derecho *de la persona*, sino una condición jurídica del ejercicio profesional. Por consiguiente, hubiera sido deseable que se elaborara mejor, y se ubicara probablemente en la parte de los derechos económicos y sociales, en torno al tema de la educación universitaria y el tratamiento de las profesiones (por ejemplo, es allí donde están los colegios profesionales).

Aparte de estas deficiencias, consideramos positivo que el secreto profesional tenga rango constitucional, así no hay ley de ocasión que pueda (o al menos pretenda) violentarlo.

El secreto profesional es, en nuestro criterio, una regla de juego en la relación profesional-usuario del servicio, que obliga al profesional a guardar silencio sobre lo que tome conocimiento de la otra parte en el contexto de la prestación de los servicios profesionales. Como resulta obvio, es una de las características más eficientes de la relación profesional, para que el interesado cuente toda la verdad (o al menos, *su* verdad) al profesional que lo asiste.

Sólo en este contexto es que el profesional puede eventualmente adquirir un derecho a guardar silencio: cuando alguna autoridad quiere coaccionarlo a que cuente lo que sabe. Es allí donde, jurídicamente, esta norma protege de manera efectiva a alguien. Como es obvio, sin embargo, el tratamiento que la Constitución da al secreto profesional, es parcial y no equivale a todo su contenido: falta la mitad más importante que es el deber del profesional para con su contraparte.

En los dos párrafos anteriores hemos hablado expresamente de usuario o contraparte porque el secreto profesional no se produce únicamente en la relación profesional-cliente correspondiente a ejercicio libe-

ral. También debe guardarlo quien, por función, se entera de ciertas características de una persona que se vincula con él aunque sin relación de cliente. Es el caso de un profesor que sabe debilidades de sus alumnos, o que conoce problemas familiares que han incidido en el rendimiento del alumno. Este docente no está en menor obligación (y derecho) de guardar el secreto profesional, que el médico que conoce las dolencias de sus pacientes.

Por lo dicho, consideramos que las garantías constitucionales pueden ser utilizadas en defensa del secreto profesional así deficientemente constitucionalizado, por dos tipos de personas: por el profesional para que no se lo obligue a divulgar, y por el usuario para que el profesional no divulgue y, si lo hace, para que no tenga efectos formales el conocimiento que se ha difundido. Todo esto corresponde a la naturaleza misma de esta institución y hace ver la necesidad de darle un tratamiento más completo que el que tiene en la norma constitucional.

23. Artículo 2 inciso 19

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.***
>
> ***Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. [...]».***

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 sobre este tema son las siguientes:

"*Artículo 34.- El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las*

culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía".

Este artículo es antecedente, como se ve redactado de manera muy distinta, del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución de 1993 en la parte que se refiere a que "*El Estado reconoce y protege la pluralidad (...) cultural de la Nación*". Consideramos innecesario decir que la redacción del artículo 34 de la Constitución de 1979 es, en nuestro concepto, más integral y adecuada a la rica diversidad cultural del Perú. Por la importancia del tema en nuestro país y en el respeto a todas las culturas que conviven entre nosotros, estimamos que hubiera sido deseable mantener constitucionalmente un tratamiento algo más detallado como el que existía en la Constitución de 1979.

"*Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:*

[...]

15. El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario el Juez o Tribunal asegura la presencia de intérprete.

[...]".

Este dispositivo es antecedente de la parte del inciso que comentamos referente a que "*Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad*".

Puede verse que la norma contenida en la Constitución de 1993 contiene una protección más extensa al permitir el uso del propio idioma ante cualquier autoridad, no sólo la judicial. La incorporación explícita de los extranjeros puede ser una aclaración importante pero en la medida que la Constitución de 1979 se refería a *toda persona*, los extranjeros estaban incluidos en su mandato.

La protección de la identidad étnica y cultural, así como de la pluralidad étnica del Perú no estaba expresamente recogida en la Constitución de 1979 y, por tanto, es un aporte positivo de la Constitución de 1993 a la nacionalidad peruana.

Análisis exegético

El inciso que comentamos tiene dos disposiciones conectadas entre sí, pero que en realidad son dos temas distintos: el de la pluralidad étnica y cultural y el del uso del propio idioma. Este segundo en realidad depende del primero por razones evidentes, pero su formulación y los detalles de la aplicación práctica son muy distintos. Por esto, abordamos cada parte en un apartado diferente.

23.1 Identidad y pluralidad étnica y cultural

Los instrumentos internacionales contienen varios elementos complementarios a las normas de este inciso de la Constitución. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

Es un dispositivo que busca proteger a las minorías de los Estados en el cultivo de su vida cultural, su religión y su idioma. Aboga, en otras palabras, no por la dominación de un grupo social sobre el otro sino por la coexistencia. Puede notarse que asimila el concepto de minoría étnica al de minoría cultural.

Una norma semejante pero aplicada al niño es la siguiente:

«Convención sobre los derechos del niño, artículo 30.- En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

Esta misma convención, respecto a la socialización del niño dice lo siguiente:

«Convención sobre los derechos del niño, artículo 29.- Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

[...]

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

[...]».

Estas dos normas inciden en el proceso de socialización del niño y desarrollan dos aspectos complementarios: el primero, reforzar la identidad cultural de idioma y de valores del niño, así como de los valores nacionales del país en que vive, y de los de su país de origen cuando vive en otra civilización. Esta medida aboga por el respeto de la identidad étnica y cultural de cada persona aún en ambientes distintos.

La segunda norma exige del proceso de socialización que cada niño aprenda a respetar las diferencias con los otros en espíritu de comprensión y paz.

Lograr ambos aspectos en el proceso de socialización garantizará la solidez cultural y étnica de la persona, la coexistencia de diversas culturas y del desarrollo de la paz.

En relación a los aspectos formales de la enseñanza tenemos la norma de la Convención que lucha contra las discriminaciones en esta materia. Dice:

«Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 5.-

1.- Los Estados Partes en la presente Convención convienen:

[...]

c) En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:

i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional;

ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes;

iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa [...]».

Es un llamado totalmente razonable en nuestro criterio, para que quienes desean, tenga la oportunidad, en equiparidad de oportunidades en el más amplio sentido de la palabra, es decir, con igualdad de calidad y capacidad instalada, con estudios en su propio idioma y con comprensión de su cultura para lograr su pleno desarrollo. Al propio tiempo, se permitirá que las minorías comprendan el idioma y la cultura del conjunto de la colectividad para que, manteniendo su individualidad, sean capaces de incorporarse a ella. Pedagógicamente, esto es toda una especialidad de inmensa importancia.

La OIT ha desarrollado el Convenio 169, que está específicamente dedicado a los problemas de las minorías. La definición de su ámbito de aplicación es:

«Convenio N.169 OIT, artículo 1.-

1.- El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas con-

diciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2.- La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3.- La utilización del término («pueblos») en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional».

Los grandes criterios de igualdad y respeto que plantea el Convenio son los siguientes:

«Convenio N.169 OIT, artículo 2.-

1.- Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2.- Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identi-

dad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida».

El Convenio se halla marcado especialmente por la desequiparidad de oportunidades y de nivel de vida que pueda mostrarse (y que en realidad a menudo se muestra) entre mayorías y minorías como aquellas de las que nos ha hablado el artículo 1 en su parte transcrita. Importante es recalcar el compromiso de los Estados Partes en buscar igualdad de derechos y oportunidades; la promoción de la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales sin atentar contra la identidad de las minorías, y la colaboración para eliminar las diferencias socioeconómicas que las minorías puedan mostrar en la comunidad nacional.

«Convenio N.169 OIT, artículo 5.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) deberán adoptarse con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo».

Este artículo se refiere a los aspectos esencialmente culturales de la vida de las minorías en entornos más amplios con distinta cultura. Plantea el respeto a las diferencias y la protección de las propias identidades, como hemos visto que también se hace en otros instrumentos antes citados.

En lo que respecta a los aspectos jurídicos, tanto de diversas culturas y maneras de entender las normas, como de vías de solución de conflictos, el Convenio contiene dos dispositivos: uno general para la conceptualización de este problema jurídico y el otro, específico para el caso penal:

«Convenio N.169 OIT, artículo 8.-

1.- Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2.- Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3.- La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes».

«Convenio N.169 OIT, artículo 9.-

1.- En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2.- Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia».

Estas normas se refieren al pluralismo jurídico de los pueblos que tienen estas condiciones de organización grupal y reclaman dos aspectos complementarios: atender hasta donde lo permita el respeto de los derechos fundamentales, las normas que son propias de las minorías para la

solución de sus propios problemas y, al propio tiempo, con ello no negarles el derecho de acceder a las vías que tienen los demás ciudadanos del país, si ellos deciden utilizarlas. En otras palabras, se reclaman los dos mecanismos: el tradicional y el predominante. Si bien algunos podrían ver en esto un privilegio, bien entendido todo ello no se trata sino el respeto a la naturaleza de las cosas: un Estado que engloba a todos y minorías que pueden decidir optar por sus propias soluciones, lo que responde al principio del respeto a las diferencias étnicas y culturales.

En relación a las oportunidades educativas dice:

«Convenio N.169 OIT, artículo 21.- Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos».

« Convenio N.169 OIT, artículo 26.- Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional».

La igualdad de oportunidades tanto en la educación básica como en la profesional es un objetivo clave, y es necesario lograrlo con igualdad de condiciones y calidad, como ya hemos visto también en documentos citados anteriormente.

«Convenio N.169 OIT, artículo 20.-

1.- Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general (...)».

La protección a los trabajadores es especialmente importante en la medida que los miembros de las minorías, por distintas razones, suelen ser explotados y deben trabajar sin garantía de los derechos laborales a los que no se puede renunciar porque están mandados en la ley imperativamente. En esto, los hechos superan al Derecho aún en los países de-

sarrollados. La idea, correcta en nuestro criterio, es que tengan iguales oportunidades y condiciones que los demás trabajadores, lo que no hace sino honor a la esencia de los derechos humanos: todas las personas son iguales ante la ley.

«Convenio N.169 OIT, artículo 29.- Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional».

Son los mismos criterios, importantes sin duda, que hemos visto a propósito de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

«Convenio N.169 OIT, artículo 30.-

1.- Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2.- A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos».

La pluralidad y el respeto por las diferencias no debe ser excluyente de la información sobre los derechos que asisten a las minorías como partes del todo. En realidad, el esfuerzo con ellas debe ser doble como se ha visto a lo largo de todos estos documentos: reconocer su peculiaridad y permitir su desarrollo, al tiempo que se busca la integración al todo nacional. Son dos procesos convergentes, no excluyentes entre sí.

«Convenio N.169 OIT, artículo 31.- Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar

que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados».

También hemos visto antes la necesidad de establecer una cultura general de tolerancia, coexistencia y paz. Estas medidas propuestas colaboran al desarrollo de este proceso.

Los aportes que todos estos documentos internacionales de valor jurídico en el Perú nos hacen al tema son, en síntesis, los siguientes:

- Proteger a las minorías el cultivo de su vida cultural (étnica para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y desarrollar una educación y, en realidad, una cultura de coexistencia dentro de la sociedad.
- El niño debe recibir una formación que refuerce su identidad cultural, su idioma y sus valores, así como los del país en el que vive, a fin de que pueda desarrollar su propia identidad étnica y cultural, al tiempo que se incorpora en la nacional.
- La enseñanza a las minorías debe impartirse en centros que tengan calidad no menor que los destinados al resto de la población.
- Se debe buscar igualdad de derechos y oportunidades; la promoción de la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales sin atentar contra la identidad de las minorías, y la colaboración para eliminar las diferencias socioeconómicas que las minorías puedan mostrar en la comunidad nacional.
- Se debe atender, hasta donde lo permita el respeto de los derechos fundamentales, las normas que son propias de las minorías para la solución de sus propios problemas y, al propio tiempo, con ello no negarles el derecho de acceder a las vías que tienen los demás ciudadanos del país, si ellos deciden utilizarlas
- Se debe dar protección especial a los trabajadores que pertenecen a las minorías porque usualmente son explotados y se les niega los derechos legalmente establecidos, incluso en los países desarrollados.
- Se debe dar información a las minorías sobre los derechos que las asisten como partes del todo a fin de que su integración se produzca con pleno conocimiento de sus derechos.

Todas estas especificaciones del derecho a la identidad y del respeto a la pluralidad étnica y cultural deben ser tomadas como derechos de plena aplicación constitucional en el Perú y, en la medida que las disposiciones internas lo permitan, pueden ser defendidos por las garantías constitucionales establecidas. Hacemos reserva de que todos estos derechos puedan ser defendidos mediante las garantías constitucionales porque en varios casos, se requiere de gasto fiscal y hay que atender a la undécima disposición transitoria de la Constitución que dice: "Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente".

Estos son aspectos muy importantes en el Perú, que es un país con una gran riqueza y, al mismo tiempo, variedad étnica, de razas y culturas. Todos estos términos requieren a nuestro juicio un cierto análisis porque la Constitución habla de identidad y pluralismo étnico y cultural, al tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asimila etnicidad a cultura. Xavier Albó, antropólogo estudioso de la realidad boliviana, que para estos efectos tiene mucho parecido a la nuestra, dice lo siguiente sobre este tema:

> La etnicidad debe ser referida a dos factores, ambos igualmente relevantes para nuestro objeto: raza y cultura. La raza tiene que ver con rasgos que son heredados biológicamente: por ejemplo el color. La cultura se refiere a la conducta, como por ejemplo el lenguaje o la religión, que es transmitida a los miembros de un determinado grupo social a través del proceso de socialización o de aculturación. Si el énfasis es puesto en el primer factor, estamos frente al racismo; si en el segundo, estamos frente al etnocentrismo. La situación concreta típica es una combinación de ambos sin distinguirlos claramente. En cualquier caso, la violencia étnica puede ser generada por cualquiera de los dos (185).

Puede apreciarse que en opinión de Albó la etnicidad tiene componentes de raza y de cultura y que, según cuál de los dos tenga predomi-

---

(185) ALBO, Xavier. *Ethnic violence: The case of Bolivia.* E RUPESINGHE, Kumar y RUBIO C., Marcial (editors), *The Culture of Violence.* Hong Kong, The United Nations University, 1994. p. 119. (Traducción nuestra).

nancia en las discriminaciones, estaremos hablando respectivamente de racismo o de etnocentrismo. Como en el caso de Bolivia al que él alude, también en el Perú ambos elementos se mezclan porque en los grupos dominados coinciden las mismas características raciales y la misma cultura. Por ello, consideramos que debemos entender los términos de identidad y pluralismo étnico y cultural en su sentido más general: como elementos interconectados de raza y cultura. Compartimos, por ello, la posición planteada por Xavier Albó.

En 1993 se publicó el informe final de una investigación sobre diversos aspectos de violencia en el área andina, promovida por la Asociación Peruana de Estudios e Investigación Para la Paz-APEP. En ella, se buscaba sobre todo indagar por caminos de superación de la violencia existente. Xavier Albó tuvo a su cargo el informe final sobre violencia cultural y elaboró una larga conclusión con propuestas concretas. Nosotros participamos de aquel trabajo de investigación y buena parte de las tareas consistieron en amalgamar las ideas y posiciones de seis grupos de investigación de Venezuela, Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile y Perú. Por ello, hemos participado también en la discusión de las propuestas de Albó, que encontramos totalmente pertinentes. Son las siguientes:

"Unidad en la diversidad.

Contribuir a la creación de una imagen nacional en que todos se sientan representados y a la vez reconocidos de acuerdo con sus especificidades. Para poner en práctica esta propuesta hay que tener simultáneamente en cuenta dos polos, ambos necesarios:

- Fortalecer la idea de la unidad, a través del aumento de la conciencia de Estado-Nación como referente cada vez más aglutinador.
- Asegurar el respeto de las diferencias e identidades múltiples de todos los miembros de la nación (étnicas, culturales, regionales, zona de residencia, sociales, de género, etcétera).

Estos dos polos se exigen mutuamente y ninguno de ellos puede eliminar al otro. Pero el peso relativo de uno y otro variará de acuerdo con la realidad de cada país.

En los países donde es mayor la presencia de grupos indígenas,

como Bolivia, Ecuador y Perú, nos sumamos a la propuesta de muchas organizaciones indígenas, sintetizada en lo que llaman el Estado plurinacional. Su esencia no es un sistema estatal federal, sino el reconocimiento y apoyo a la identidad cultural de sus «nacionalidades» dentro del Estado-Nación. Esto se traduce sobre todo en los siguientes lineamientos:

- Reconocimiento de ciertos márgenes de autonomía en su forma interna de organización y gobierno, teniendo en cuenta su derecho consuetudinario.
- Representación en organismos estatales de acuerdo con sus identidades étnicas.
- Fijación de su territorio donde sea posible, estableciendo en él los derechos concurrentes de los indígenas y del Estado.
- Sistema de educación intercultural bilingüe, debidamente compatibilizado con el sistema general del país.
- Reconocimiento oficial y fomento de la lengua y otras especificidades culturales dentro del territorio para efectos de la administración de justicia y otras instancias públicas, educación, acceso a medios de comunicación, etcétera.

Pero en todos estos casos de mayor diversificación interna del país es igualmente importante consolidar la identidad unitaria del Estado-Nación, como aquella instancia organizativa a la que todos sienten el orgullo de pertenecer, entre otras razones, porque les reconoce y permite desarrollar sus especificidades.

[...]

Reformular la imagen de Estado-Nación de acuerdo con la proposición anterior y difundirla masivamente a través de las diversas instancias a disposición del Estado y de la sociedad.

[...]

Crear instancias que amplíen los niveles de convivencia, intercambio social y expresión cultural de los grupos marginales, principalmente en las nuevas concentraciones urbanas y en otras áreas de fuerte inmigración.

[...]

Fortalecer en todos los ámbitos de la vida nacional aquel tipo de conocimientos, valores y conductas que conduzcan a una democracia ampliamente participativa, pluralista y equitativa.

Incorporar las especificidades culturales como parte regular de los mecanismos de ciudadanía y participación democrática.

A través de la sanción pública moral y judicial, evitar la apología o tolerancia de aquellas prácticas que pudieran provocar una espiral incontrolable de violencia". (186)

Las propuestas presentadas por Albó coinciden en general con las que hemos visto en el desarrollo de los documentos internacionales antes citados, pero tienen la ventaja de tener coherencia interna y estar especialmente pensadas para países con racismo y etnocentrismo particular, fruto de una larga tradición de dominación de grupos humanos pertenecientes a la cultura occidental, sobre otros, numerosos, pertenecientes al mundo indio, que tienen etnía (raza y cultura) notoriamente distinta.

Es muy importante notar que no sólo se refieren al ámbito de lo cultural y educativo, sino que se extienden a las consideraciones sociales y económicas y, también, a la forma de organizar la relación entre Estado y sociedad, lo que incluye las formas de participación democrática. El tema del pluralismo cultural y étnico afecta, como puede verse, a toda la organización del Estado y, por tanto, debe reflejarse en ámbitos muy distintos de la Constitución, no sólo en la parte de los derechos fundamentales.

23.2 El derecho al uso del propio idioma

La segunda parte del inciso bajo comentario establece que todo pe-

---

(186) ALBO, Xavier. *Violencia cultural en los países andinos.* En MAC GREGOR, S.J., Felipe (editor). *Violencia en la Región Andina.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, APEP, 1993, pp. 69-72.

ruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete y que los extranjeros tienen el mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

La norma, para el caso de peruanos, se complementa con estas otras dos:

"Constitución de 1993, artículo 17.-

[...]

El Estado [...] fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional".

Esta disposición obliga al Estado a desarrollar un trabajo de preservación y desarrollo de las diversas lenguas existentes en el país. Esto deberá incluir también su estudio y, si es posible, el desarrollo teórico gramatical, además de la técnica necesaria para hacerlo un idioma escrito cuando no lo sea. Indudablemente, ello irá en beneficio de los grupos con lenguas propias distintas al castellano. De hecho ya se ha realizado algunos esfuerzos en la materia, pero fundamentalmente por grupos privados de estudiosos. El aporte del Estado (que cumpla con este mandato constitucional) está aún por realizarse.

La otra norma es el artículo 48:

"Constitución de 1993, artículo 48.- Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley".

Según esta norma, en los lugares donde predominen, las lenguas que no son el castellano también serán oficiales, esto es, podrán ser utilizadas como lenguas del Estado para todos los efectos prácticos.

El tema del uso del idioma propio está presente en la convención Americana sobre Derechos Humanos. Dice:

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

2.- (...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

[...]»

La norma, como podemos ver, es más restringida que la que existe en nuestra Constitución porque sólo se refiere al proceso penal. La nuestra tiene alcance general, no sólo frente a cualquier tipo de autoridad jurisdiccional, sino frente a todas las autoridades, de cualquier tipo.

Sobre esta disposición, y otra más restringida aún que existe en el Pacto Internacional, dice O'Donnell:

> El derecho del acusado que no comprende o no habla el idioma del tribunal a ser asistido gratuitamente por un intérprete, está reconocido por el Pacto Internacional y por la Convención Americana. La disposición pertinente de la Convención es más amplia que la del Pacto, al reconocer también el derecho a un traductor, si fuera necesario. Parece lógico deducir que el acusado que solicita la comparecencia de testigos de descargo que no comprenden o no hablan el idioma del tribunal también tiene derecho a que estas personas cuenten con un intérprete, aunque no existe jurisprudencia del Comité ni de los órganos regionales sobre la aplicación del derecho de interpretación para otras personas además del acusado (187).

A pesar de no existir jurisprudencia sobre este punto, la anotación de O'Donnell sobre la traducción de los testigos en la hipótesis señalada parece totalmente razonable. Sería correcto incorporarla por vía juris-pru-

---

(187) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 184.

dencial y atendería al espíritu de la norma que no es otro que no perjudicar la defensa de quien no habla el idioma oficial de las autoridades. Sin embargo, sí existe opinión de la Comisión Interamericana sobre la oportunidad de tener intérprete y sobre todos aquellos que son los beneficiados, y que no son sólo los que no hablan un idioma porque hablan otro:

> En opinión de la Comisión Interamericana, el derecho a un intérprete o a un traductor es tan fundamental, que debe ser respetado desde el inicio de la etapa sumaria. Asimismo, la Comisión considera que toda declaración de una persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma en el cual ésta le es tomada, carece de valor.
>
> Este derecho beneficia no sólo a extranjeros y a nacionales que no hablan el idioma de los tribunales, sino también a personas con deficiencias auditivas y vocales (188).

En realidad, quienes tienen las deficiencias indicadas al final de la cita pueden tener o no un idioma propio de su incapacidad y, al recibir intérprete, podrán expresarse y comprender mejor en la relación con las autoridades. En nuestro concepto son atingencias totalmente pertinentes.

Este derecho al uso del propio idioma y del intérprete, no sólo tiene connotaciones judiciales en nuestra Constitución, como ya fue dicho, sino que en general es un beneficio para cualquier trato que se tenga con todo tipo de autoridades. Sin embargo, dentro del sistema judicial no sólo es un derecho menor. Quiroga sostiene, y nos parece razonable, que forma parte del conjunto de requisitos establecidos para el debido proceso (tema que discutimos en su lugar, el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución). Dice:

> [...] el derecho al propio idioma es más que un «mero aspecto procesal» para ingresar al ámbito de los Derechos Fundamentales de la Persona y por allí constituir un elemento imprescindible del Debido Proceso Legal. Por ello se halla recogido y reconocido en

---

(188) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 185.

el apartado a) del inc. 1 del Art. 8 -Garantías Judiciales- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José, así como en el apartado e) del Inc. 3 del Art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y exclusión respecto del justiciable extranjero, pues por el contrario lo que se pretende es que todo justiciable, cualquiera su origen, raza y nacionalidad acceda al conocimiento de lo que es materia del juzgamiento, y para ello la equidad en el idioma es una garantía fundamental. Sin esto es imposible otorgar a nadie una Tutela Judicial Efectiva ni, por lo tanto, constituir un Debido Proceso Legal pues se separarían los actos del juzgamiento, el razonamiento judicial y la propia defensa del justiciable por la imposibilidad de acceder al idioma requerido (189)

Como en el tratamiento de los temas anteriores, también aquí corresponde decir que tanto en lo referente a la identidad y pluralidad étnica y cultural como al uso del propio idioma y de intérprete, la tutela de las garantías constitucionales establecidas se halla plenamente vigente. Según la metodología que venimos siguiendo, también consideramos que pueden ser protegidos como derechos constitucionales las especificaciones del derecho de identidad y pluralismo étnico y cultural que aportan los diversos instrumentos internacionales ratificados por el Perú, que hemos revisado en la parte correspondiente.

24. Artículo 2 inciso 20

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está

---

(189) QUIROGA LEON, Aníbal. *Las garantías constitucionales de la administración de justicia.* VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después.* Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 326.

obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El Derecho de petición es de raigambre predemocrática y por ello tiene reconocimiento desde la primera Constitución. Es indudable, sin embargo, que a lo largo de la etapa republicana y por tanto democrática de la vida del Estado peruano, sus rasgos han ido variando. En general, la evolución de su tratamiento muestra una definición cada vez más clara y comprehensiva. La Constitución de 1823 dijo respecto de él:

"Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

5.- El derecho individual de presentar peticiones ó recursos al Congreso ó al gobierno.

[...]".

La Constitución de 1826 no trajo norma al respecto pero la de 1828 estableció un patrón seguido hasta la Constitución de 1839, que tuvo un texto casi idéntico al de ella en su artículo 171:

"Constitución de 1828, artículo 168.- Todo ciudadano tiene el derecho de presentar peticiones al Congreso ó al Poder Ejecutivo con tal que sean suscritas individualmente. Solo a los cuerpos legalmente constituidos es permitido presentar peticiones firmadas colectivamente para objetos que estén en sus atribuciones".

La Constitución de 1834 añadió al texto de la de 1828 que las peti-

ciones colectivas no podían arrogarse el título de pueblo soberano, precisión totalmente pertinente:

"Constitución de 1834, artículo 164.- Todo ciudadano tiene el derecho de presentar peticiones al Congreso ó al Poder Ejecutivo, con tal que sean suscritas individualmente. Solo a los cuerpos legalmente constituidos, es permitido presentar peticiones firmadas colectivamente para objetos que estén en sus atribuciones; pero sin arrogarse el título de pueblo soberano".

La Constitución de 1856 estableció una forma simplificada que luego fue seguida, prácticamente con el mismo texto, por las Constituciones de 1860 (artículo 30) y 1867 (artículo 28):

"Constitución de 1856, artículo 29.- Todos pueden ejercer el derecho de petición, individual o colectivamente.

Finalmente, los textos de las Constituciones de 1920 y 1933 tienen cada uno características que hacen pertinente su transcripción:

"Constitución de 1920, artículo 28.- Nadie puede defender o reclamar su derecho sino en la forma que establezca o autorice la ley. El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente".

"Constitución de 1933, artículo 60.- El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente. No puede ejercerlo la fuerza armada".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma correspondiente de la Constitución de 1979 era la siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

18.- A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito, ante

la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal. Transcurrido éste y al no existir respuesta, el interesado puede proceder como si la petición hubiere sido denegada. Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no pueden ejercer el derecho de petición [...]".

La primera parte de las normas de las dos Constituciones es idéntica. Las diferencias son dos:

- En la Constitución de 1979 se asumía el principio del *silencio negativo*, esto es, que no respondida la petición dentro del plazo legal se la consideraba denegada. La Constitución de 1993 exige que dentro del plazo se de una respuesta bajo responsabilidad, lo que exige positivamente la actuación del funcionario que ha recibido la solicitud. Desde luego, si la respuesta no ocurre, se podrá entender un silencio positivo o negativo, según las normas vigentes para el caso y sin perjuicio de la responsabilidad que quepa al funcionario que no resolvió sobre lo solicitado.
- En la Constitución de 1979 se decía que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no podían ejercitar el derecho de petición. En la de 1993 se dice que los miembros de dichas instituciones sólo pueden ejercitar individualmente el derecho de petición, lo que es técnicamente más correcto, en especial porque dichos miembros pueden efectivamente pedir tanto dentro de sus instituciones, como frente a otras autoridades en sus relaciones específicas (como vecinos al alcalde, por ejemplo). Lo que se quiere prohibir es que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pidan corporativamente y todo ello está mejor legislado en la Constitución de 1993.

Análisis exegético

En los instrumentos internacionales, sólo hemos encontrado el Derecho de Petición en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que dice:

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXIV.- Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución».

La petición es el derecho de recurrir ante las autoridades para solicitar algo que ellas podrían otorgarnos legalmente, pero a lo que no tenemos derecho cierto y actual porque, en este último caso, formularemos un pedido que no es sino la actualización de nuestro derecho. Si no se nos concede, abriremos un procedimiento administrativo o uno judicial.

Lo pedido, de esta manera, puede ser o bien algo cuyo otorgamiento depende de la discrecionalidad de la autoridad, o bien algo que la autoridad puede conceder como una gracia especial.

La petición puede formularse individual o colectivamente, dependiendo del derecho de que se trate. En todo caso, si el pedido es colectivo, se trata de un solo pedido dentro del cual no se podrá hacer discriminaciones, y deberá ser resuelto como uno solo. A veces, a las personas les convendrá pedir individualmente porque así particularizan su derecho, que puede ser mejor que el de otras personas que piden lo mismo, pero otras veces la importancia y fuerza de pedir colectivamente se impondrá sobre el beneficio de la particularización. Queda a cada circunstancia elegir la mejor forma pero las dos son posibles expresamente.

El pedido se debe presentar por escrito. Existe un formato general de petición, que se conoce como *solicitud* en el lenguaje corriente y que tiene una introducción identificatoria del sujeto que recurre, la petición en sí misma y la identificación con firma y documento de identidad. Quienes no saben leer y escribir suelen estampar la huella digital y una firma testimonial que garantiza que la huella pertenece al recurrente.

El derecho de petición que establece la Constitución se ejercita ante la autoridad competente. Debe entenderse por ella a todo funcionario del Estado, de cualquier nivel o repartición, que tenga atribución para absolver lo pedido bajo forma discrecional o de gracia. Si no se tratara de la autoridad competente, entonces el pedido deberá ser considerado inadmisible.

La presentación de una petición obliga a la autoridad a dar una respuesta escrita que puede conceder lo pedido o denegarlo. El derecho de petición es derecho a pedir, no a obtener. La falta de respuesta en la autoridad competente da lugar a responsabilidad si transcurre el plazo de ley.

Si bien con el derecho de petición se puede solicitar diversos asuntos, al final su protección jurídica conduce a un trámite administrativo: petición ante la autoridad. A veces lo pedido será una decisión política y, si no se accede a ella, entonces el derecho de petición no podrá continuar porque, en tal caso, la denegación conduciría a la instauración de un proceso administrativo que no tendrá ninguna trascendencia. Por el contrario, si se pide algo que depende de una decisión administrativa, la denegación o el silencio conducirán a que el procedimiento administrativo avance y, aquí, sí se logran resultados.

Mientras no tenga una normatividad especial, el trámite de la petición con posterioridad a su denegación, o al transcurso del plazo del silencio administrativo, debe guiarse por la Ley de Procedimientos Administrativos (D.S. 002-94-JUS que contiene el texto único concordado de dicha ley). En multitud de oportunidades se ha hablado de dictar una ley de procedimiento para el Derecho de Petición pero nunca se tomó la decisión. Sería correcto que el Congreso resolviera esta falta normativa porque la institución merece una ley especial que regule todos los detalles que la hagan plenamente operativa y, sobre todo, eficaz.

Cuando se trata de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, sólo les es permitido presentar peticiones individualmente, esto es, para sus asuntos privados y uno a uno. Se pretende, con ello, evitar que la fuerza que tienen estas instituciones que garantizan el orden con el poderío material del Estado, sea eventualmente puesta atrás de las peticiones colectivas que pudieran hacer sus miembros de manera que, así, forzaran decisiones ilegal y arbitrariamente. La precaución es totalmente pertinente.

César Valega ha opinado lo siguiente en este punto:

> Establecer que los miembros de las Fuerzas Armadas gozan del derecho de petición en forma individual, pero que no pueden participar en las actividades de los partidos políticos, nos parece un buen punto de equilibrio dado que se les reconoce un derecho humano básico, pero al mismo tiempo se les niega la participación político partidaria impidiendo la formación de fracciones internas y la intervención de personas ajenas a la actividad castrense. Sería plausible, sin embargo, que los miembros de las Fuerzas Armadas

presten juramento de respeto y cumplimiento de la Constitución como una manera de asumir el deber, como los demás ciudadanos, de respetar los principios constitucionales como una mejor manera de identificarse con la patria (190).

25. Artículo 2 inciso 21

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República. [...]».***

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma correspondiente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

19. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República [...]".

El texto de las normas de 1979 y 1993 es idéntico en este punto.

---

(190) VALEGA GARCIA, César. *Algunas propuestas de modificación al articulado sobre defensa nacional de la Constitución.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 81.

Análisis exegético

Nuestras Constituciones anteriores dictaron reglas sobre la nacionalidad, pero no establecieron el derecho a la nacionalidad que, como hemos visto, aparece con la Constitución de 1979.

La nacionalidad es un vínculo jurídico entre una persona natural y un Estado, en virtud del cual dicho ser humano es reconocido como miembro de la comunidad de personas que pertenecen a él. Hace unos pocos siglos, inmensas zonas de la Tierra no tenían formalmente pertenencia a nadie. Eran territorios que podían ser tomados. Vivir en ellos era estar en un lugar en el que no se debía obediencia a ningún gobierno. Hoy en día, el mundo está parcelado en soberanías territoriales y, así prácticamente en todos los espacios de tierra del planeta, quien nace lo hace en lugar regido por el gobierno de un Estado determinado.

Tener una nacionalidad es muy importante en este contexto porque da derecho, cuando menos, a habitar en el territorio del Estado en el que uno es nacional. Recordemos que no se puede impedir el ingreso al territorio de sus nacionales y que tampoco se los puede expatriar, como vimos al estudiar el derecho de libre tránsito (artículo 2 inciso 11 de la Constitución). Además, desde luego, permite tener un pasaporte y viajar por el mundo.

Las declaraciones internacionales de derechos humanos tienen copiosa normatividad respecto de ella. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.-

1.- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2.- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad».

Dos derechos contiene este artículo: el primero es el derecho a una nacionalidad. Nótese el matiz importante de diferencia con nuestra Constitución que dice que cada uno tiene derecho a *su* nacionalidad. Podríamos completar el derecho diciendo que la combinación de las dos nor-

mas da el derecho a *su* nacionalidad pero, en todo caso y siempre, a *una* nacionalidad.

El segundo párrafo prohíbe privar de la nacionalidad y del derecho de cambiar la nacionalidad. El primero está expresamente dicho en nuestra Constitución pero el segundo es un añadido que hace la Declaración Universal.

Estas normas son importantes en el Perú donde, alguna vez, se privó a ciudadanos de la nacionalidad. En parte por esta razón existe la norma que prohíbe privar de la nacionalidad, de manera expresa, desde la Constitución de 1979:

> La Constitución de 1979, repetida aquí por el texto de 1993, recoge estos conceptos provenientes del Derecho Internacional. Ambas contienen un añadido que responde a la necesidad de impedir que se repita una situación como la que se produjo durante el gobierno militar de 1968-1975. Como se sabe, en aquella época la dictadura despojó condenablemente de su nacionalidad a dos ciudadanos opositores: Eudocio Ravines y Manuel D'Ornellas. Mediante este acto de abuso fueron violados los artículos 7 y 123 de la Constitución de 1933, parcialmente vigente, que debieron ser observados por quienes ejercían de hecho la función legislativa del Estado (191).

Desde luego, cabe añadir que en aquella oportunidad también se vulneró la norma que acabamos de citar de la Declaración Universal, que estaba vigente en el Perú (192).

---

(191) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 132.

(192) El 11 de julio de 1997 se dictó la Resolución Directoral 117-97-IN-05010 por la cual se dejó sin efecto legal el título de nacionalidad peruana expedido el 7 de diciembre de 1984 a favor del Sr. Baruch Ivcher Bronstein. Fue esta una decisión evidentemente política que revivió las de gobiernos de facto de décadas pasadas. Se tomó esta decisión en lo fundamental por dos razones. La primera, porque el Sr. Ivcher no había probado debidamente haber renunciado a su nacionalidad previa. Curiosamente, a la fecha de expedición de esta resolución la ley admitía expresamente que un pe-

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se concreta al derecho a la nacionalidad del niño. Dice:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.-

[...]

3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad».

En sustancia y especificando a los menores, la norma tiene el mismo contenido que la primera parte de la Declaración Universal.

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIX.- Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela».

Esta norma, a diferencia de las anteriores, da derecho a *su* nacionalidad, como la Constitución peruana de 1993, y comparte con las anteriores el establecer el derecho de cambiarla. Aclara que el país al que se le solicite la nueva nacionalidad podrá o no otorgarla, según sus propias normas internas.

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 20.-

---

ruano que tuviera derecho a una segunda nacionalidad la ejerciera libremente y, por consiguiente, era absurdo quitar la nacionalidad, en ese momento, por ese motivo. La segunda, que habían existido fallas en el procedimiento de otorgamiento de la nacionalidad. Como es sabido, según la Ley de normas generales de procedimientos administrativos (Ley 26211 cuyo Texto Unico Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 02-94-JUS , artículos 109 y 110) la nulidad de un acto administrativo sólo puede ser declarada cuando hay razones de interés público y dentro de un plazo de seis meses de producido el acto impugnado. Aquí difícilmente se puede encontrar razones de orden público y, en todo caso, habían pasado largamente los seis meses establecidos. Es obvio, por estas razones, que se agravió el derecho a la nacionalidad del Sr. Ivcher contra todo posible significado normativo.

1.- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2.- Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3.- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla».

El inciso segundo especifica que las personas que no tengan ninguna nacionalidad, recibirán la que corresponde al Estado del lugar donde nacieron. Esta norma ya está contenida en la Constitución peruana, artículo 52.

«Convención sobre los derechos del niño, artículo 7.-

1.- El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [...]».

Ratifica el derecho de los niños, ya expresado textualmente por el Pacto Internacional, a tener una nacionalidad.

En síntesis, los aportes de los convenios internacionales son los siguientes:

- El derecho a una nacionalidad.
- El derecho a cambiar de nacionalidad.

No son muchos aportes y, sobre todo, no son sustantivos como los que hemos visto en otros ámbitos. O'Donnell dice al respecto:

> Con la excepción de la disposición consagrada en el Artículo 20(2) de la Convención Americana, que obliga a los Estados Partes a reconocer el jus solis en determinadas circunstancias, el derecho a la nacionalidad es una de las normas más ambiguas en un campo del Derecho donde la imprecisión es notoria. Cabe recordar que el derecho a la nacionalidad no es un derecho «natural», como el derecho a la vida o a la integridad física, sino que existe únicamente

en función de la ley y no está definido uniformemente en las legislaciones nacionales (193).

La nacionalidad peruana se rige en el plano constitucional según los artículos 52 y 53 que dicen:

"Constitución de 1993, artículo 52.- Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.

Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú".

"Constitución de 1993, artículo 53.- La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad.

La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana".

Puede verse que todos los derechos reconocidos en los textos internacionales se hallan en nuestra Constitución, salvo el que rechaza toda restricción al cambio de nacionalidad.

A diferencia de Constituciones anteriores, la de 1993 deja los detalles de regulación de la adquisición de nacionalidad a una norma de rango legislativo. Esto puede perjudicar en ciertos casos el derecho a la nacionalidad desde que un gobierno poco preocupado de los derechos, puede establecer modificaciones legislativas que lo entorpezcan. Por eso, somos partidarios de dar a las reglas básicas, rango constitucional. Discutimos los detalles de la nacionalidad peruana en la parte correspondiente al comentario de los artículos 52 y 53 antes transcritos.

La parte final de la norma que trabajamos establece que nadie puede ser privado de obtener o renovar su pasaporte, aquí o en el extranjero.

---

(193) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 207.

Ocurrió en la época del gobierno Militar de los años setenta, que algunos peruanos opositores al gobierno no lograron renovar su pasaporte en los consulados de los lugares donde estaban exilados. Esto los ponía en la grave situación de no poder movilizarse y no tener un documento de identidad válido para permanecer donde se hallaban. Por lo demás, su condición de deportados políticos les impedía volver al país. Era una situación incompatible con los derechos humanos. Para corregirla, desde la Constitución de 1979 tenemos esta norma en el texto constitucional, lo que nos parece correcto.

Como hemos visto al hablar del derecho de libre tránsito, la Comisión Interamericana opina que el negar un pasaporte violenta ese derecho. Hay aquí una vinculación estrecha entre el derecho al pasaporte, el derecho a la nacionalidad y el derecho al libre tránsito.

26. Artículo 2 inciso 22

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. [...]».***

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que antecede a la que comentamos es la siguiente:

"Artículo 123.- Todos tienen el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza. Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente.

Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental".

El artículo está vinculado a la parte del inciso 22 del artículo 2 de la Constitución de 1993 que se refiere a que todos tienen el derecho a "*gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*". Como vemos, sólo una parte del artículo 123 ha sido recogida en la Constitución vigente. Es probable que la referencia al ambiente saludable esté recogida en el requerimiento de adecuación al desarrollo de la vida humana.

Es lamentable que no se haya decidido incorporar en la Constitución actual los demás aspectos que son tres:

- El primero, el derecho a la preservación del paisaje y la naturaleza. Tal vez se debió añadir *de acuerdo a ley* con la finalidad de evitar interpretaciones extremas. Una norma de este tipo es muy importante en el mundo contemporáneo, en el que las fuerzas que maneja el ser humano son capaces de depredar el paisaje de una manera antes nunca vista.

- La segunda norma no transcrita es el deber de conservar el ambiente. La Constitución de 1993 en general ha recogido pocos deberes para el pueblo. El que comentamos ha sido uno de los olvidados, para demérito de la Constitución en nuestro criterio.

- La tercera norma no transcrita ha sido la que convertía en deber del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental, norma muy importante y que en caso alguno colisiona con la idea neoliberal de Estado que tenían los Constituyentes, porque en esencia aquí se trata de normar y supervisar. En nuestro criterio ha sido equivocado suprimir este dispositivo.

A la vez, el artículo 2 inciso 22 de la Constitución de 1993 añade derechos que no tienen antecedente en la Constitución de 1979. Ellos son:

El derecho a la paz.
El derecho a la tranquilidad.
El derecho al disfrute del tiempo libre.
El derecho al descanso.

Son derechos también importantes y un aporte de la actual Constitución que hay que reconocer como muy positivo.

Análisis exegético

El inciso comienza reconociendo el derecho a la paz. Sobre este tema, los aportes académicos más importantes han sido hechos por el Padre Felipe Mac Gregor S.J. quien, desde hace más de una década, estudia sistemáticamente los conceptos de violencia y pacificación, así como sus correlatos de la praxis. En la síntesis de un trabajo de investigación sobre violencia y pacificación en seis países de la región andina, con sendos equipos de trabajo, el P. Mac Gregor resumió de esta manera sus opiniones sobre este tema:

> Nuestro análisis de la problemática humana desde la perspectiva de la paz (y por consiguiente de la violencia) considera a esta última como una presión ejercida por los seres humanos sobre los seres humanos, de la que resulta la disminución en los agredidos de sus posibilidades de realización personal. Por consiguiente, el énfasis del estudio está puesto en la realización de cada ser humano.
>
> En el desarrollo humano, para nosotros «pacificación» es el esfuerzo por crear una condición para la vida humana en la que las posibilidades de realización sean cada vez mejores. La realidad, las instituciones, las normas y las valoraciones son analizadas para ayudar a la persona a su más plena realización. El estudio de la violencia tiene sentido sólo en tanto conduce a la pacificación.
>
> Los conceptos anteriores suponen una posición frente a la realización humana, variable principal con la que deben llegarse a definir y medir tanto la violencia como la pacificación.
>
> La primera dimensión de la realización humana es equivalente para todo ser humano y consiste en la satisfacción de sus necesidades materiales esenciales, es decir, aquellas que aseguran su salud física y crecimiento orgánico, alimentación, vestido, habitación. Sin ellas, el ser humano es un prematuro habitante de la muerte.
>
> Una segunda dimensión, consustancial a la primera, es el pro-

greso espiritual. Esto significa, necesariamente, que toda persona tiene derecho a su educación básica y a sus libertades de conciencia, creencia, información y expresión, así como también a los derechos políticos.

[...]

Y, en el contexto anterior, el presupuesto esencial es la libertad; una libertad que emerge y se desarrolla a partir de la satisfacción de las precondiciones de existencia humana. Nótese que no anteponemos las necesidades básicas a la libertad, pero tampoco consideramos que puede haber un ejercicio cabal de la libertad cuando la persona sufre carencias esenciales. Así, por ejemplo, sólo en el sentido puramente formal puede decirse que un niño desnutrido es libre en el sentido integral de la palabra.

Los derechos anteriores son los que pertenecen a lo que en los seres humanos hay de igual. En adición a ellos están las diferencias, que son igualmente innegables en la humanidad.

Pacificación es el esfuerzo de organizar la convivencia social para el respeto a la igualdad básica y a las diferencias. Violencia es pretender homogenizar a todos los seres humanos, o negar la igualdad básica de todos, que debe ser universalmente respetada (194).

Según esta apreciación de las cosas, los rasgos esenciales de la paz se obtienen de la siguiente manera:

- La paz es una situación en la cual el individuo puede realizarse. La realización es tanto material como espiritual.
- La realización material consiste, en esencia, en la satisfacción de las necesidades básicas.

---

(194) MAC GREGOR, S.J., Felipe y RUBIO CORREA, Marcial. *La región andina: Una visión general.* MAC GREGOR S.J., Felipe (Editor). *Violencia en la Región Andina.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1993. pp. 15-16.

- La realización espiritual consiste en el ejercicio pleno y responsable de la libertad.
- Realización material y espiritual son distintas analíticamente pero en el sujeto son un continuo y una influye en la otra.
- La pacificación es un esfuerzo y consiste en organizar la convivencia para la realización de la persona.
- La violencia es la presión que impide la realización de la persona.

La paz, de esta manera, no es un *estado*, ni *existe* y hay que encontrarla. La paz se construye cotidianamente en un esfuerzo en el que a veces se gana y otras se pierde terreno. Porque la pacificación es un esfuerzo y la paz es un proceso dinámico.

Como tal, se centra en el individuo mismo como persona con una parte material, pero a la vez trascendente espiritualmente. De ello ya podemos ver que la pacificación entendida exclusivamente como un proceso de eliminación de la guerra, o de la criminalidad, o del terrorismo es sólo una parte del significado. La verdadera paz es integral, del individuo en la sociedad, como un proceso permanente.

Cuando decimos que la paz es del individuo en sociedad queremos indicar que toma al individuo como persona, pero también y a la vez, en el contexto de sus relaciones sociales. Por eso, el P. Mac Gregor dice respecto del núcleo de la pacificación:

> El primer centro de atención que debemos tener en materia de pacificación y violencia es, entonces, el ser humano en sí mismo, lo que él es como resultado de la sedimentación de sus experiencias sociales, particularmente las de la niñez y juventud.
>
> Modificar las actitudes de la vida familiar que perennizan los defectos en la formación social resulta indispensable si queremos contribuir a formar ciudadanos constructores de la paz, libres y respetuosos de la democracia. La educación recibida actualmente en el hogar no ayuda al desarrollo de estos valores.
>
> Una redefinición total de la educación en los países andinos es requisito indispensable para la mejor formación del individuo, tanto espiritual y cívica como de conocimientos y de habilitación para el trabajo.

> Las relaciones cotidianas deben ser despojadas de los fuertes rasgos segregacionistas que existen en ellas, particularmente los referidos a la riqueza, la raza y la cultura. El ser humano no podrá realizarse plenamente (y por tanto sufrirá violencia) si la igualdad humana básica no es reconocida en la práctica dentro de la sociedad. Mención especial requiere la situación de la mujer, sistemática-mente marginada tanto por segregación de género como por los procesos de socialización machista (y autoritaria) que se producen en la familia y en muchos otros aspectos de la vida cotidiana (195).

En otras palabras, la pacificación supone acción sobre las estructuras y relaciones del individuo en la sociedad para corregir los defectos, la mayoría de ellos culturales, que incitan a la violencia, que la facilitan y que, con ello, disminuyen el potencial de realización de la persona.

Los derechos humanos son esenciales en el contexto de esta pacificación como puede verse claramente de esta cita y de la anterior. Sobre varios de ellos hemos hablado ya anteriormente.

Y luego, este trabajo sigue, dando una serie de propuestas concretas de pacificación que sería muy largo repetir aquí (196), pero que están inspiradas en estos presupuestos fundamentales que, para nosotros, completan una adecuada significación del concepto de la paz, que era el primer punto a analizar en este inciso de la Constitución.

La Convención sobre los derechos del niño trae la siguiente disposición sobre la materia:

---

(195) MAC GREGOR, S.J., Felipe y RUBIO CORREA, Marcial. *La región andina: Una visión general.* MAC GREGOR S.J., Felipe (Editor). *Violencia en la Región Andina.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1993, p. 21.

(196) MAC GREGOR, S.J., Felipe y RUBIO CORREA, Marcial. *La región andina: Una visión general.* MAC GREGOR, S.J., Felipe (Editor). *Violencia en la Región Andina.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1993. Estrategias de pacificación, pp. 165 ss.

«Convención sobre los derechos del niño, artículo 29.- Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

[...]

Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

[...]».

El énfasis en la formación del niño para que sea un futuro ciudadano de paz es tarea verdaderamente esencial y que se entronca perfectamente con las apreciaciones y argumentos dados en la elaboración previa de los conceptos. El artículo también menciona el respeto del medio ambiente, tema que se ve posteriormente, en la parte final de este comentario.

Durante los últimos años se han producido en el Perú algunas normas interesantes sobre el concepto de paz entendido como lo hemos hecho en las líneas anteriores, aplicado a la situación de la mujer. Tal vez lo primero que haya que mencionar es la ratificación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem do Pará, que hemos comentado extensamente al tratar el tema de igualdad ante la ley en el caso de la mujer y que no repetiremos aquí.

Otra norma muy importante es la Ley 26260 del 24 de diciembre de 1993, que fue luego modificada por la Ley 26763 del 24 de marzo de 1997 y cuyo texto único ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 006-97-JUS del25 de Junio de 1997. Ella establece la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar. Sus normas más importantes son las siguientes:

«Ley 26260, artículo 2, según el Decreto Supremo 006-97-JUS.- A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar cual-

quier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves, que se produzcan entre:

a. Cónyuges;
b. Convivientes;
c. Ascendientes;
d. Descendientes;
e. Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o,
f. Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales».

«Ley 26260, artículo 3, según el Decreto Supremo 006-97-JUS.- Es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, debiendo desarrollarse con este propósito las siguientes acciones:

a) Fortalecer en todos los niveles educativos, la enseñanza de valores éticos, el irrestricto respeto a la dignidad de la persona humana y de los derechos de la mujer, del niño y adolescente y de la familia, de conformidad con la Constitución Política del Estado y los Instrumentos Internacionales ratificados por el Perú.
b) Emprender campañas de difusión, con el propósito de sensibilizar a la sociedad sobre la problemática social antes señalada, difundir los alcances de la presente Ley y condenar los actos de violencia familiar.
c) Promover el estudio e investigación sobre las causas de la violencia familiar y medidas a adoptarse para su corrección.
d) Establecer procesos legales eficaces para las víctimas de violencia familiar, caracterizados por el mínimo de formalismo y la tendencia a brindar medidas cautelares y resarcimiento por los daños y perjuicios causados, así como, para facilitar la atención gratuita en los reconocimientos médicos requeridos por la Policía, Ministerio Público o Poder Judicial.
e) Promover la participación activa de organizaciones, entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de menores, mujeres y en general a los asuntos familiares, para el desarrollo de labores preventivas y de control sobre la ejecución de medidas cautelares, de apoyo y tratamiento de víctimas de violencia y agresores.

f) Reforzar las actuales delegaciones policiales con unidades especializadas dotándolas de personal capacitado en la atención de los casos de violencia familiar.
La Policía Nacional garantizará que, la formación policial incluya en la currícula y en el ejercicio de la carrera, capacitación integral sobre la violencia familiar y su adecuada atención.

g) Promover el establecimiento de hogares temporales de refugio para víctimas de violencia y la creación y desarrollo de instituciones para el tratamiento de agresores, a nivel municipal.

h) Capacitar al personal policial, fiscales, jueces, médicos legistas, agentes de salud, agentes de educación y personal de las Defensorías Municipales, para que asuman un rol eficaz en la lucha contra la violencia familiar.

Las acciones dispuestas en el presente artículo serán coordinadas por el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano".

Como puede apreciarse, los ámbitos en los que se propone la política general del Estado en esta materia son variados, bien elegidos y consistentes con la finalidad buscada. Estimamos que esta ley es un paso muy importante para avanzar en el logro de la pacificación de uno de los aspectos más graves de la sociedad: la postergación de la mujer que tiene efectos en la mitad del género humano, pero que además se reproduce en el ejemplo que para los hijos es la vida cotidiana del hogar con patrones de discriminación, muchas veces llevados a ejecución con la mejor buena fe e, inclusive, con la participación de la propia mujer.

El tema de la violencia familiar fue abordado por el Tribunal Constitucional en una sentencia de fecha 29 de Abril de 1997 recaída en la acción de inconstitucionalidad presentada por el Defensor del Pueblo, Jorge Santistevan de Noriega, contra el artículo 337 del Código Civil que dispone: "La sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el Juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges". Estimaba el Defensor del Pueblo que estas normas violaban los derechos a la igualdad ante la ley, a la vida, a la integridad moral psíquica y física y al honor y la buena reputación. El apoderado del Congreso contestó a la demanda sosteniendo que, en materia de sevicia el juez debe calificar la voluntad del infractor y la calidad del receptor debido a que el grado del agravio depende sustancialmente de la forma en que sean apreciados y percibidos los hechos por la víctima. Lo

que puede ser sevicia que lleve a la separación de cuerpos para unos, para otros puede ser tolerable. En materia de injurias sostuvo que si para unas personas las causales previstas en el artículo 337 del Código Civil pueden ser una grave ofensa, para otras pueden no serlo en razón de su comportamiento habitual, costumbres o educación, u otros factores. Argumentación semejante hace respecto a la conducta deshonrosa.

En síntesis, puede verse que el problema era tomar en consideración una relación objetiva de violencia familiar, o tener en cuenta los aspectos subjetivos de la misma según los entendiera el juez. El Tribunal Constitucional consideró inconstitucional el artículo 337 del Código Civil en lo que se refiere a la sevicia y a la vida deshonrosa, pero lo consideró constitucional en lo que se refiere a la injuria grave. Sus fundamentos fueron los siguientes:

"Que el término «sevicia» utilizadó en el artículo 337 del Código Civil y también por los demandados en la contestación a la demanda, debe entenderse sustituido por el de «violencia física y psicológica» y no sólo referido, como parece entender la parte demandada, a los actos de crueldad física; que la violencia física y psicológica a la que se refiere el artículo impugnado del Código Civil, es una violencia alegada como fundamento por la presunta víctima para solicitar la separación de cuerpos o el divorcio, por lo que no cabe presumir que ha consentido con ella, o que la ha perdonado, sino más bien, que no está dispuesto a tolerarla ni por costumbre, ni por miedo a la separación o al divorcio, ni por su grado de educación o cultura; que la existencia de violencia debe ser comprobada por el juez respecto a su debida existencia, de modo objetivo [...] pues la violencia no deja de ser tal por el hecho de que quien la realiza o el que la sufre, o ambos, tengan determinado nivel de educación o cultura, o vivan en un ambiente donde se acostumbre aceptarla, pues en todos los casos vulnera la integridad física y psíquica de la víctima, así como su dignidad y derecho a vivir en paz; que, en consecuencia, siempre que hayan indicios de violencia física o psicológica por uno de los cónyuges debe bastar la exigencia de la presunta víctima a la separación de cuerpos o al divorcio para que sea admitida como presunta causal y pueda iniciarse el proceso; que, dentro del proceso, una vez comprobada fácticamente la violencia, queda probada también la vulneración a los principios constitucionales precitados, y no cabe, por ende, supedir su carácter de causal, a la educación o conductas de los cónyuges.

Que, en cuanto a la costumbre, si bien es cierto que en algunos lugares del territorio peruano, o entre algunas parejas, socialmente se acepta la violencia del marido sobre la mujer, ello no justifica que el Estado recoja esa costumbre por el simple hecho de ser tal, y la plasme legislativamente, porque es deber del Estado y de este Tribunal orientar a la sociedad peruana hacia un status cada vez más civilizado y justo. Costumbres que vulneran derechos fundamentales como el de la integridad física y psicológica, el de la igualdad de los seres humanos, el de la dignidad personal y el derecho a gozar de una vida en paz, deben ser erradicadas de la sociedad por el Estado. La violencia entre marido y mujer, sin importar dónde ocurra, o qué arraigada esté, es siempre violatoria de tales derechos constitucionales que protegen a los seres humanos, todos ellos con dignidad, tengan o no cultura, tengan o no educación, tengan o no el peso de una costumbre primitiva y degradante.

Que, respecto a la injuria grave, como causal de separación de cuerpos y de divorcio, la «gravedad» es condición para que la injuria constituya causal; que la gravedad de la injuria depende del sentimiento subjetivo, particular e interno que ocasiona en la víctima, y que la intensidad de ese sentimiento depende a su vez, del sentido de honor que ella tenga de sí misma.

Que, el honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene, debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona. La injuria, a diferencia de la calumnia y la difamación, incide sólo sobre el honor interno, que es muy subjetivo, pues depende de la escala de valores particular del individuo y de la comparación que sobre su propia conducta y su escala de valores, el mismo individuo realiza, sin que interese, a estos efectos, la apreciación externa de terceros.

Que, con estas premisas el Tribunal opina que la gravedad de la injuria para convertir a ésta en causal de separación de cuerpos o de divorcio, sí debe ser apreciada por el juez en cada caso concreto pues, a diferencia de la violencia o sevicia, todo hecho supuestamente injurioso puede no serlo, o serlo con distintos grados de intensidad, según la educación, costumbres o conductas de la persona y de la pareja. El juez deberá investigar si el hecho presuntamente injurioso hirió gravemente el honor

interno del demandante y que, en consecuencia, no estaba acostumbrado a tal hecho o si, al contrario, estaba acostumbrado a perdonarlo, o a consentirlo, de manera que no constituye, para ese individuo en particular, una injuria grave, capaz de ocasionar la separación de cuerpos o el divorcio. No quiere esto decir que el juzgador deba clasificar a la sociedad por estratos de mayor o menor cultura, costumbres o educación, pues en un mismo estrato económico, social y cultural es posible encontrar parejas y dentro de éstas, personas, con distinta apreciación y sentimiento de lo que constituye una injuria grave: la indagación del juez debe referirse al honor interno de la víctima y a la relación con su pareja, sin que sea gravitante el estrato social o cultural al que pertenezca.

Que la conducta deshonrosa como causal de separación de cuerpos y de divorcio exigida por el artículo 337, debe necesariamente concordarse con el inciso 6) del artículo 333 y con el artículo 349 del Código Civil, es decir que no constituye causal de cualquier conducta deshonrosa, sino únicamente la que «haga insoportable la vida en común». En esta causal debe apreciarse por el juzgador no sólo el honor interno sino el honor externo de la víctima, es decir, la opinión que tengan los terceros sobre su anterior, o presente, o futura aceptación de la conducta deshonrosa de su cónyuge; que el requisito adicional de que «haga insoportable la vida en común» para constituir causal, la hace incidir sobre valores y derechos fundamentales de la persona, reconocidos en la Constitución, cuya defensa no debe quedar al arbitrio del juez. Una vez probados los dos extremos del inciso 6) del artículo 333 del Código Civil, es decir que existe conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges y que dicha conducta hace razonablemente insoportable la vida en común, queda configurada la violación objetiva al derecho constitucional que toda persona tiene al honor, a la buena reputación y a la vida en paz, derechos que deben ser reconocidos, independientemente del grado de instrucción de la persona o del estrato social o cultural al que pertenezca.

Que en lo que concierne a la costumbre, si bien el término «conducta» sugiere una «serie» de hechos que pueden suponer una costumbre entre los cónyuges, y por ende, una situación aceptada tácitamente por el agraviado, tal presunta aceptación no «constitucionaliza» la violación a la dignidad y al honor de la víctima. El requisito adicional a la conducta deshonrosa, de «hacer insoportable la vida en común» supone de modo razonablemente objetivo que, llegado determinado momento, la víctima

en la relación conyugal ya no está dispuesta ni puede soportar más la conducta deshonrosa de su cónyuge, a costa de sí mismo y de sus derechos personales básicos: la interposición de la demanda debe considerarse, entonces, como presunción de derecho, de que ese momento ha llegado y la conducta deshonrosa una vez comprobada fácticamente en el proceso, pasa a constituir causal de separación de cuerpos o de divorcio. [...]" (Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de abril de 1997 en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo, Jorge Santistevan de Noriega, contra el artículo 337 del Código Civil, promulgado mediante el Decreto Legislativo 295).

En síntesis, el Tribunal ha hecho las siguientes consideraciones importantes:

- En materia de «violencia física y psicológica» debe hacerse la comprobación de hecho y que no cabe supeditar su existencia o su carácter de causal de separación de cuerpos a la educación o conductas de los cónyuges. La costumbre que conduzca a este tipo de violencia no puede ser alentada por el Estado.
- Lo propio ocurre con la vida deshonrosa: producida con todos los requisitos que establece el Código, debe entenderse que hay causal de divorcio, porque no importan solamente los asuntos psicológicos internos de la pareja sino también la conciencia social de la conducta. Es una violación objetiva a los derechos constitucionales. Las eventuales costumbres de la pareja no «constitucionalizan» la violación de los derechos constitucionales una vez producida objetivamente.
- En lo que respecta a la injuria grave, el Tribunal sí considera que debe tomarse en cuenta los aspectos subjetivos según la propia apreciación de la víctima.

Aunque esta sentencia se vincula a la problemática de la separación de cuerpos y de divorcio, creemos que también establece principios generales sobre la objetividad de la violencia física y psicológica, que es muy importante para determinar las situaciones reales frente al Derecho en esta materia.

La otra norma importante ha sido el Decreto Legislativo 866 del 25 de Octubre de 1996, que crea el Ministerio de la Mujer. Las normas prin-

cipales que tiene este ministerio para su actuación en materia de pacificación entendida en el contexto de este comentario son:

«Artículo 2.- Misión.

El Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano tiene como misión promover el desarrollo de la mujer y la familia, promover las actividades que favorezcan el desarrollo humano de la población y la atención prioritaria a los menores en riesgo».

«Artículo 3.- Objetivo.

El Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano cumple los siguientes objetivos:

a) Promover para los grupos objetivo de competencia del Ministerio la equidad en el acceso a la ocupación, salud y educación.

b) Afianzar el rol de la mujer y la familia en la sociedad, así como en los programas orientados a su desarrollo y en la lucha contra la pobreza.

c) Formular y ejecutar políticas de atención orientadas a prevenir, atender, promover y rehabilitar a los menores de edad en situación de riesgo;

d) Promover los valores cívicos y las normas de comportamiento, acordes con los principios de la ética, la moral, la solidaridad y la paz; así como promover el acceso a la información, la cultura, la recreación y el deporte, como medios del desarrollo personal y colectivo».

El desarrollo de estas actividades contribuirá también a la pacificación de la sociedad por el rol importante que tiene la mujer en ello.

La tranquilidad es un estado de ánimo pausado, sin presiones que alteren el curso normal de la vida, y que permiten la realización de la persona de mejor manera según sus propios designios. En tranquilidad se puede tomar mejor las propias decisiones y, aún, ejecutarlas.

La tranquilidad depende de ciertos elementos ajenos a la voluntad de las personas, tales como la densificación urbana, el incremento de ac-

tividades por el desarrollo de la economía, de las comunicaciones, etc. También depende de otros elementos humanos: la solidaridad, y la vida respetuosa de los demás, tienen mucha importancia en este aspecto.

Rescatamos, en este sentido, mandatos de estos dos instrumentos internacionales que establecen los deberes a los que acabamos de aludir:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 32.-

[...]

2.- Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática».

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVIII.- Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático».

Estas dos reglas contribuyen a la tranquilidad y, desde luego, a la paz de la que hablábamos antes. Aunque nuestra Constitución de 1993 ha sido poco proclive a considerar deberes en su texto (sólo establece el artículo 38 en ese sentido específico), estas disposiciones internacionales han sido incorporadas al Derecho peruano y por tanto tienen plena validez entre nosotros.

El disfrute del tiempo libre y el descanso son los momentos en los que la persona convive con los demás, particularmente con su familia, desarrolla sus lazos afectivos y sus capacidades no laborales, y recupera energías para continuar con la labor cotidiana. Por ello es considerado también como un derecho esencial: sin descanso y tiempo libre la persona se vuelve esclava del trabajo con graves consecuencias físicas, psíquicas y espirituales.

Entre las normas que reconocen este derecho al descanso, se hallan las siguientes:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 24.- Toda

persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

«Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XV.- Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico».

«Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales».

Puede verse que en estos instrumentos internacionales el tiempo libre y el descanso están fundamentalmente vinculados al derecho del trabajo. Esto es verdad desde que cuando no se descansa se trabaja. Pero en realidad el concepto del descanso no existe sólo por contraste con el concepto del trabajo. En cierta medida se halla limitado por esta alternativa pero la trasciende y va a formar parte de los elementos esenciales de la realización humana.

El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida es el último derecho establecido en este inciso. Tiene un creciente reconocimiento tanto en el contexto internacional como en el Perú. Los documentos que tratan de él son variados y extensos. Aquí reproducimos el protocolo adicional a la Convención Americana que hace un buen resumen de los puntos principales:

«Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 11.-

1.- Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

2.- Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

Esta norma es importante porque da una idea de la necesaria interacción entre la obra humana y la preservación del medio ambiente: probablemente, sin servicios básicos no vaya a ser posible una protección adecuada del mismo.

En todo caso, la protección del medio ambiente no es un problema exclusivamente atingente a las generaciones actuales: la humanidad es un incesante fluir y a nosotros nos seguirán las siguientes generaciones. Como nosotros tuvimos el derecho a recibir un ambiente habitable, también los siguientes lo tendrán de nosotros. En este sentido, la protección del medio ambiente es un compromiso con nosotros mismos, con los demás que conviven con nosotros y con los humanos que vendrán después. Y uno de los problemas más graves de nuestro tiempo es que, por primera vez a partir del siglo XX y sus descubrimientos, la humanidad está en condiciones de destruir la tierra para la vida. Tenemos que aprender a conservarla. De allí la importancia que el tema tiene en la actualidad.

27. Artículo 2 inciso 23

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

23. A la legítima defensa. [...]».

Antecedentes constitucionales

Este inciso no tiene antecedente directo en las Constituciones peruanas.

Análisis exegético

La legítima defensa es una causal de justificación penal que funciona para eliminar la antijuridicidad de la conducta o para reducir la pena cuando se trata de una que se llama *legítima defensa imperfecta.*

La legítima defensa no tiene antecedentes constitucionales ni menciones en los instrumentos internacionales de derechos humanos porque, en rigor, es una institución penal y no un derecho. Lo dice la Comisión Andina de Juristas:

> Una de las novedades introducidas en el Proyecto es la incorporación de la legítima defensa como derecho fundamental (art. 2 inc. 23). En rigor, ésta no constituye un derecho de esa naturaleza, sino un principio justificante introducido en los códigos penales que permite que en caso de atentados a los derechos o intereses (bienes jurídicos) de una persona ésta pueda reaccionar afectando legítimamente los derechos o intereses de su agresor. En otras palabras, constituye un principio que determina en qué casos una afectación o restricción a un derecho resulta legítima y no acarrea una sanción penal, resolviendo de esta manera un conflicto de derechos o intereses. Por ello, entendemos que dicha fórmula no debe incluirse dentro del catálogo de derechos fundamentales de una Carta Política, sino más bien permanecer en el cuerpo legal correspondiente, es decir, en el Código Penal (197).

El dispositivo que contiene la legítima defensa es el siguiente artículo del Código Penal:

«Código Penal, Artículo 20.- *Está exento de responsabilidad penal: [...]*

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

---

(197) COMISION ANDINA DE JURISTAS *Análisis del proyecto de Constitución.* VARIOS AUTORES. *Del golpe de Estado a la nueva Constitución.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 213.

a. Agresión ilegítima.

b. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y,

c. Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.»

Los requisitos exigidos en este artículo tienen largo reconocimiento en el Derecho Penal como los componentes esenciales y confluyentes de la legítima defensa perfecta. Cuando todos ellos ocurren se elimina la responsabilidad. Cuando concurren imperfectamente, estamos ante un caso de posible reducción de pena.

De aquí, también se deduce que si no hay una agresión ilegítima no podemos tener legítima defensa.

En el Código Civil existe un artículo que tiene un parecido con la legítima defensa. Es el 920 que autoriza al poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él para recobrar el bien, cumpliendo otros requisitos más establecidos. No es estrictamente una legítima defensa porque ella existe en el ámbito penal, pero le es sustantivamente similar y, como ella, exonera de responsabilidad.

Es posible que la difícil situación que combinaba terrorismo, narcotráfico y delincuencia en las épocas en que se elaboraba la Constitución, haya empujado a la mayoría a constitucionalizar la legítima defensa. En realidad, no se logra nada con ello porque no cambia la naturaleza de la institución y porque no existe el peligro más remoto que se elimine del Código Penal (como sí ocurre con otras instituciones que hay que constitucionalizarlas para que no sean borradas de la ley por el poder).

Por todas estas razones, somos de opinión que la legítima defensa debería salir del texto constitucional y quedar en el Código Penal.

28. Artículo 2 inciso 24

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. [...]».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El inciso concordante de la Constitución de 1979 es el siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

20. A la libertad y seguridad personales.

[...]"

La redacción del encabezamiento, como puede verse, es la misma. El sentido normativo también.

Análisis exegético

La libertad y la seguridad son derechos establecidos desde la Declaración francesa de 1789:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 2.- El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Como ya se vio al tratar los artículos anteriores, y se verá aún al desarrollar los siguientes, los constituyentes del siglo pasado no sólo conocieron, sino que muchas veces tradujeron los textos franceses a las Cartas peruanas. Con éste no ocurrió lo mismo, probablemente porque era un artículo identificable y muy difícil de recortar. En las constituciones pasadas constaron la libertad en sus diversas formas y la propiedad; no ocurrió lo propio con la seguridad y la resistencia a la opresión.

El nuestro fue un Estado con pocos rasgos democráticos hasta bien entrado el siglo XX: la mujer no votó en elecciones generales hasta

1956; el analfabeto no lo hizo hasta 1980; los relatos históricos indican cuan poca seguridad tenían las personas frente a los aparatos de control del Estado hasta hace pocas décadas: solamente la historia del Hábeas Corpus hasta antes de la Constitución de 1979 es indicación más que suficiente (198).

Esto no quiere decir que la seguridad, bajo formas concretas como los principios de no hay delito sin ley, no hay pena sin ley y no hay pena sin juicio, no hayan sido declarados en el país. Lo que sí quiere decir es que la seguridad como principio general, a pesar de tener raigambre y tradición en la historia constitucional del mundo, no fue considerada un derecho a constitucionalizar en el Perú.

Que en los últimos años sí lo sea, muestra cambios y también que, a pesar de las limitaciones de nuestro sistema democrático, los textos muestran avances y reconocimientos considerables. Que la seguridad esté presente en el encabezamiento de este inciso (como lo estuvo en su correspondiente de 1979) no es de por sí la existencia de la seguridad para los peruanos, pero es un cambio cualitativo en las normas que anuncia, cuando menos, exigencias en la realidad.

La lucha terrorista y antiterrorista de la década de los ochenta y principios de los noventa en el país, dejó un saldo de aproximadamente treinta mil muertos. Es un claro síntoma de que la seguridad más elemental no existió para los peruanos. Sin embargo, disminuidos los organismos terroristas, la tasa de víctimas se ha reducido enormemente. Esto significa que podemos confiar en que la seguridad, y con ello la libertad, se consoliden y desarrollen en el país.

Los instrumentos internacionales han declarado de distintas maneras la libertad y la seguridad. Dice la Declaración Universal de Derechos Humanos:

---

(198) Hemos revisado este tema en una obra anterior a la que nos referimos para la probanza, por demás evidente, de esta afirmación. Véase, RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Constitución y Sociedad Política*. Lima, Mesa Redonda Editores S.A., 1988, pp. 86-94.

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

La Declaración Universal enfatiza en su artículo 1 la libertad y la igualdad y las pone en el nivel de la dignidad humana y de sus derechos. Añade la responsabilidad de comportarse fraternalmente con los demás, que es un principio aplicable a la sociedad internacional de Estados, pero también a cada sociedad nacional en particular. En el artículo 3 consigna la libertad y la seguridad de la persona.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre tiene una disposición más escueta pero también recoge la libertad y la seguridad:

«La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

La libertad puede ser descrita de dos formas. Una es la jurídica y está contenida en el literal a) de este inciso. Dice que consiste en que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe. Pone a la ley como la tasa de la posibilidad de ejercitar la libertad. Es, en este sentido, una norma de *medios formales,* no de fines. Así, por ejemplo, si la legislación no prohíbe que el consumidor tenga drogas y las utilice, entonces mi libertad me permite ser un drogadicto (cosa que, por lo demás, es así entendida en muchos países).

Sin excluir la definición anterior, podemos también decir que la libertad es el ejercicio de la potestad espiritual del ser humano sobre sí mismo, y que tiene la finalidad de hacerlo recorrer los caminos que él decida seguir para realizarse cabalmente. En este sentido, la libertad es un *medio de realización* y, como tal, es una potestad teleológicamente determinada. Tiene que ver con la realización y la integralidad de cada

ser humano en el sentido que sólo siguiendo sus propios designios, cada persona se realizará mejor en el mundo.

El sostener la libertad como derecho humano tiene, indesligablemente, estas dos consideraciones en la Constitución.

- Es una norma de medios formales para garantizar que ninguna persona o autoridad con poder pueda limitarla (más allá de la ley establecida específicamente en tal sentido).

- Pero también debe ser correlacionada con otros derechos y, principalmente, con el del libre desarrollo contenido en el inciso 1 del artículo 2 de la misma Constitución, que ya hemos comentado y que muestra la necesidad de la realización de la persona. Libre desarrollo entendido en esta forma y libertad son dos derechos indeligables que se apoyan uno al otro.

Modernamente, la libertad ha sido especializada en muchas libertades: de culto, de tránsito, de pensamiento, de opinión, de expresión, de asociación, de contratación, etc. No hay que olvidar que todas ellas se reducen a un núcleo genérico común que tiene el designio de dar al ser humano la libertad de actuar para realizarse mejor. Para comprender cabalmente a las especies, es necesario no sólo mirar sus particularidades, sino lo que tienen de común en el género.

La seguridad corre el peligro de ser entendida sólo en el sentido físico, corporal: la seguridad de no ser muerto, herido o violentado físicamente. Sin embargo, el significado de *seguridad* es el de contar con el mínimo de condiciones necesarias para poder ser libre y realizarse. No hay verdadera libertad sin seguridad, como tampoco hay posibilidad de realización sin ella.

En este sentido, la seguridad humana, tiene también que ver con la vigencia de los derechos humanos, pero tal vez no con su *plena vigencia*, sino con el *mínimo* necesario para decir que se lleva una vida humana y que se puede progresar.

No olvidemos que la Revolución francesa establece cinco derechos fundamentales: la igualdad que hace a todos los seres humanos equiva-

lentes ante la ley (y que figura en los artículos 1 y 6 de la Declaración); la libertad que permite la realización del individuo; la propiedad que le suministra los bienes que le permiten bienestar social y económico; la seguridad que le da el mínimo de condiciones del que carecía en el Antiguo Régimen, y la resistencia a la opresión que no es sino la seguridad social de que nadie podrá imponer su voluntad contra la decisión del *pueblo soberano* en la terminología roussoniana. Este grupo de cinco derechos indica también que unos se apoyan en otros y ratifica que la seguridad no puede ser para el ser humano solamente física o corporal. Por el contrario, tiene que ver también con la libertad, con la igualdad, con la propiedad y con la resistencia a la opresión. Tiene dimensiones espirituales, económicas, sociales y políticas.

En el documento *Human Development Report 1994* del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, aparecen consideraciones muy interesantes sobre la seguridad. Dice:

> En último análisis, la seguridad humana se traduce en un niño que no murió; en una enfermedad que no se extendió; en un puesto de trabajo que no fue eliminado; en una tensión de naturaleza étnica que no se tradujo en un conflicto violento; en un disidente que no fue silenciado. La seguridad humana no es un tema exclusivamente relacionado con las armas: tiene que ver con la vida y la dignidad humanas.
>
> La idea de seguridad humana, aunque simple, probablemente revolucionará a la sociedad en el siglo XXI. La consideración de los aspectos básicos de la seguridad humana debe centrarse en cuatro de sus características esenciales:
>
> La seguridad humana es una preocupación universal y es relevante para todas las personas, vivan en países ricos o pobres. Existen muchas amenazas que son comunes a todas las personas, tales como el desempleo, las drogas, la criminalidad, la contaminación y la violación de los derechos humanos. Su intensidad puede variar de una parte del mundo a otra, pero todas estas amenazas a la seguridad humana son reales y crecen.
>
> Los componentes de la seguridad humana son interde-pen-

dientes. Cuando la seguridad de las personas peligra en cualquier lugar del mundo, es probable que todas las naciones queden involucradas de una u otra manera. Hambrunas, enfermedades, contaminación, tráfico de drogas, terrorismo, conflictos étnicos y desintegración social no son ya eventos aislados, encerrados en los límites de los Estados. Sus consecuencias viajan alrededor de todo el mundo.

La seguridad humana queda mejor asegurada mediante medidas de prevención temprana. Es menos costoso enfrentar estas amenazas al inicio. Por ejemplo, los costos directos e indirectos del SIDA fueron del orden de los doscientos cuarenta mil millones de dólares en los años ochenta. Probablemente unos pocos miles de millones de dólares invertidos en atención primaria de la salud y en educación para la planificación familiar, podrían haber colaborado a frenar la expansión de esta enfermedad mortal. La seguridad humana está centrada en las personas. Tiene que ver con cómo las personas viven y respiran en la sociedad, con cuanta libertad pueden ejercitar en sus diversas decisiones, con cuanto acceso tienen al mercado y a las oportunidades sociales, y con el hecho de que vivan en conflicto o en paz (199).

Son de resaltar en estos párrafos los siguientes elementos:

- La seguridad tiene que ver con no morir pero también con respetar el pluralismo político: abarca todos los aspectos de la vida humana.
- Es universal y tiene que ver con todos por igual.
- En la seguridad contemporánea hay interdependencia: la seguridad o la inseguridad viajan rápidamente a lo largo y ancho del mundo involucrando a todos.
- Es más fácil prevenir que curar cuando se habla de inseguridad.
- La seguridad está centrada en los humanos y tiene que ver con cómo se vive y respira en la sociedad, con la libertad, con las oportunidades del mercado y con la guerra o la paz.

---

(199) UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human development report 1994*. New York, Oxford University Press, 1994, pp. 22-23. (Traducción nuestra).

Y luego, el mismo informe dice:

> Al definir la seguridad, es importante que la seguridad humana no sea considerada equivalente a desarrollo humano. Este es un concepto más amplio, definido en Informes sobre Desarrollo Humano anteriores como un proceso de ampliación del espectro de alternativas a disposición de las personas. La seguridad humana significa que las personas puedan utilizar esas alternativas con seguridad y libertad, y que puedan tener suficiente confianza en que las oportunidades con las que hoy cuentan, no desaparecerán totalmente mañana.
>
> Por supuesto, existe un vínculo entre seguridad y desarrollo humanos: el avance en uno de ellos incrementa las posibilidades de progreso en el otro. Pero, asimismo, el fracaso en uno de ellos, incrementa el riesgo de fracaso en el otro y la historia está repleta de ejemplos que confirman esta aseveración (200).

Esta aproximación a la seguridad humana integralmente considerada hace ver sus diferencias y relaciones con el desarrollo de las personas y las sociedades: no es equivalente a él, pero lo facilita. Estimamos que es muy importante rescatar estos conceptos en el pensamiento constitucional de materias como la libertad, la seguridad y la realización humana.

Es contrastante esta visión de la libertad y de la seguridad, con la más estrecha que Faúndez nos muestra de Europa:

> Karel Vasak ha expresado que, «al lado de la libertad, que es un estado en el instante presente, la seguridad agrega la certidumbre de que permanezca así en el porvenir». En el mismo sentido, James Fawcett ha señalado que «libertad y seguridad son las dos caras de la misma moneda: si la libertad personal significa la libertad de movimiento efectiva de la persona, la seguridad es la condición de que esa libertad se encuentre protegida por la ley».

---

(200) UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human development report 1994*. New York, Oxford University Press, 1994, p. 23. (Traducción nuestra).

Ciertamente, el derecho a la «seguridad personal» no tiene un significado independiente del derecho a la «libertad personal». En el caso Arrowsmith v. United Kingdom, la Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que «el derecho a la seguridad de la persona comprende la garantía de que los individuos serán arrestados y detenidos solamente por las razones establecidas por la ley y de acuerdo con el procedimiento prescrito en ella». Comentando precisamente esta decisión, Stefan Trechsel sostiene que la «seguridad de la persona» no sólo significa que el arresto y detención debe estar basado en la ley. Requiere que la ley misma logre satisfacer ciertas normas, en cuanto a ser suficientemente precisa para hacer predecible cualquier privación de libertad y a evitar la arbitrariedad en su interpretación.

La dimensión eminentemente física del derecho a la «seguridad personal» fue destacada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso X. v. United Kingdom, en el cual la peticionaria se quejó de haber sido fotografiada por la policía, en contra de su voluntad, después de haber sido arrestada en el curso de una manifestación; en opinión de la peticionaria, la negativa de la policía a destruir tales fotografías o a entregárselas a ella constituía una violación del art. 5° de la Convención Europea. La Comisión consideró, sin embargo, que la expresión «libertad y seguridad de la persona» debe ser entendida en el contexto de la libertad, significando solamente seguridad física, es decir libertad de arresto y detenciones arbitrarias (201).

Es indudable que libertad y seguridad tienen de todas maneras este significado, pero también es preciso estudiar las nuevas realidades, como lo hace el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, y buscar nuevas alternativas para los conceptos en las realidad siempre cambiante.

En el mundo actual amenazado de hecho por tantos poderes materiales que van desde las armas atómicas hasta la delincuencia armada

---

(201) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El derecho a la libertad y seguridad personal*. VARIOS AUTORES. Lecturas Constitucionales Andinas 1. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 150.

para la guerra, la tentación de olvidar que la seguridad es un concepto humano e integral para reducirlo a lo corporal es demasiado fuerte. Debemos hacer un verdadero esfuerzo por recuperar su dimensión total y buscar, con ello, la seguridad que permita a cada ser humano su plena realización.

29. Artículo 2 inciso 24 literala

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*
>
> *Nadie está obligado a hacer los que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe. [...]».*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Salvo las Constituciones de 1823, 1837 y 1856, todas las demás han contenido una norma que, con pequeñas variaciones de redacción, ha tenido el mismo sentido:

"Constitución de 1828, artículo 150.- Ningún Peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley, ó impedido de hacer lo que ella no prohibe".

Esta redacción se repite en el artículo 144 de la Constitución de 1834 y en el 176 de la Constitución de 1839.

Varió ligeramente en la Constitución de 1860:

"Constitución de 1860, artículo 14.- Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe".

Este texto se repite en el artículo 13 de la Constitución de 1867 y en el 19 de la Constitución de 1920.

En la Constitución de 1933, la versión es la que tenemos ahora:

"Constitución de 1933, artículo 24.- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo concordante de la Constitución de 1979 es el siguiente:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe [...]".

El texto es idéntico en ambas Constituciones.

Análisis exegético

La Declaración francesa de 1789 dijo respecto de este tema:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 5.- La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena".

Puede verse que la segunda parte del texto francés ha sido prácticamente traducida al literal a) que ahora comentamos, pero se ha borrado la primera parte, tanto de él como de todos los antecedentes, y es una transformación que para nosotros resulta esencial, sobre todo si estamos hablando del plano constitucional.

En efecto, según la Declaración francesa, la primera norma sobre la libertad consiste en que la ley no tiene la atribución de prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Esto quiere decir que, en principio, la ley no puede establecer la prohibición que considere pertinente ni, menos

aún, puede hacerlo sin fundamentación que explique porqué eso que prohibe es dañoso para la sociedad.

Una vez tomado esto en cuenta, recién se pasa a la segunda parte que obliga a las personas a sujetar su conducta a la ley. Pero no a una ley que prohibe o manda cualquier cosa, sino que, razonadamente, prohibe sólo lo nocivo (o manda, diremos completando la frase, lo que evita conductas nocivas). La norma que en nuestra Constitución se acerca más a la que comentamos es la primera parte del literal b) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que dice: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley", pero quiere decir una cosa distinta porque no limita la voluntad del legislador y, en buena cuenta, repite la prohibición de hacer lo prohibido y la obligación de hacer lo mandado.

Nuevamente, la traducción del francés al español en materia de libertad, dejó en el tintero la restricción al uso del poder, y estableció en consecuencia, como posibilidad al menos, una restricción a la libertad mayor que la original. En la práctica, sabemos que las leyes en el Perú no han sido siempre respetuosas de sus propios límites en cuanto se refiere a recortar la libertad. Por ello, sería bueno que la norma que estudiamos se modificara para establecer, como se hizo en Francia, que quien dicta la ley no tiene libre arbitrio para obligar o prohibir y que debe hacerlo restrictivamente, para favorecer verdaderamente la libertad.

Por lo demás, el sentido de la libertad que aquí se toma, como dijimos al discutir el encabezamiento, no es sólo formal y de medios. Se supone que las personas tienen prohibido o están obligadas a realizar lo que es indispensable regular y que, en el resto, ejercen su libertad para su propio desarrollo humano. La teleología de la libertad es tan importante como su naturaleza de medio. No debemos pensar que en el Derecho Constitucional un extremo está libre del otro.

Desde luego, esta consideración no significa que la autoridad, porque la libertad tiene teleología, determine los fines. El problema es más complejo: es el propio sujeto el que los determina y los sigue. Pero la significación de lo teleológico vendrá, indiscutiblemente, en la aplicación jurisprudencial, a la cual en los casos límite, no deberá bastar que la libertad sea un medio para cualquier cosa. Allí la teleología hacia la reali-

zación personal, será también un criterio guía de resolución, con todos los elementos discrecionales que corresponda aplicar, y que son muchos.

El artículo 103 de la Constitución ha establecido en su último párrafo que "La Constitución no ampara el abuso del derecho". Se ha constitucionalizado así un principio tradicional del derecho privado que establecía lo mismo que dice ahora el texto constitucional pero que, debidamente analizado por la doctrina, ha conducido a una modificación del texto. El artículo II del Título Preliminar del Código Civil dice ahora:

"Código Civil, título preliminar, artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho".

El cambio de redacción es importante porque, como sabemos, *existen El Derecho* (*Ius* le decían los romanos) y *los derechos* (*iura* en Roma). El primero es el sistema jurídico, los segundos son los derechos que las personas tienen en su vida concreta. No se puede abusar del *IUS* pero sí se puede abusar de los *iura*.

Claro que en la tradición civil, que para efectos del abuso del ejercicio de los derechos se remonta siglo y medio atrás, existen ya criterios en formación sobre lo que una limitación de esta naturaleza significa al ejercicio de los derechos: habrá ejercicio no abusivo y ejercicio abusivo de los derechos. Nótese que en ambos casos se está ejercitando el derecho. El primer caso es perfectamente lícito pero el segundo debe ser evitado y, si es preciso, hay acción contra ello en manos del agraviado.

Cuando trasladamos esto al campo constitucional se abre inmediatamente la siguiente pregunta: ¿son susceptibles de abuso los derechos constitucionales? No cabía hacérsela antes porque, mientras los derechos tenían rango constitucional, el abuso tenía rango de ley. Ahora las cosas son distintas.

La doctrina ha discutido intensamente el tema durante los últimos años. En nuestro criterio, los elementos de juicio que hay que tener en esta materia son los siguientes:

- El primer error que debemos evitar es trasladar consideraciones de Derecho privado al ámbito del Derecho Constitucional. El abuso de

un derecho proveniente del ámbito privado tiene importancia sólo en relación a los demás sujetos privados. La declaración de que se ha cometido abuso sólo tiene efecto entre partes. Cuando se determina el abuso de un Derecho Constitucional, se está automáticamente diseñando una norma de conducta social para todos los futuros casos porque un derecho constitucional es base del orden social general, no sólo de la relación entre partes. A su vez, declarar abusivo el ejercicio de un derecho constitucional, afectará toda la regulación de la organización social.

- La regla general debe consistir en que no se puede abusar de los derechos constitucionales, de manera que sólo cuando sea inevitable concluir que sí ha habido abuso, se prohíba la conducta del caso.
- No deberá haber normas generales que declaren abusivas ciertas conductas vinculadas a los derechos constitucionales. Si se ha de declarar el abuso, deberá ser por resolución jurisdiccional.
- Será conveniente que el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios determinen cuáles derechos son aquellos de los que no se puede abusar en ninguna forma. Los casos de la vida, de la integridad corporal, del derecho al nombre, entre otros, son ilustrativos de que no se puede encontrar abuso en ellos. Habría que analizar cuáles son los otros y orientar de esta manera a la sociedad y, en particular, a la jurisprudencia.

El caso de la libertad es algo distinto. En ella puede haber abusos y existen multitud de ejemplos al respecto. Justamente, la teoría del abuso del derecho se originó en ejercicios de la libertad que se consideraron excesivos para su momento.

Por ello, la discusión sobre los límites del abuso del derecho en materia constitucional, y particularmente en relación a la libertad, tienen que ser establecidos con cuidado.

En nuestro criterio, por estas consideraciones hubiera sido mejor dejar el abuso del derecho en el plano del rango de ley, así no podía afectar a los derechos constitucionales. Pero mientras habite en la Constitución, será preciso proteger el ejercicio de los derechos constitucionales de él y la responsabilidad de los órganos jurisdiccionales en esta materia es definitoria.

Creemos que los elementos de juicio aportados antes para manejar el problema pueden ayudar a solucionarlo y, en todo caso, lo más importante es proteger a la libertad de los asaltos de quienes, indebidamente, quieran recortarla.

30. Artículo 2 inciso 24 literal b

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:*
>
> *[...]*
>
> *No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. [...]».*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las Constituciones anteriores abordaron el tema de este inciso, fundamentalmente desde el punto de vista de la esclavitud. El problema fue claramente marcado en la Constitución de 1823. Trajo las siguientes normas al respecto:

"Constitución de 1823, artículo 11.- Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros".

"Constitución de 1823, artículo 12.- El peruano que fuere convencido de este tráfico, pierde los derechos de naturaleza".

"Constitución de 1823, artículo 13.- El extranjero que se ocupare en él, no puede naturalizarse en el Perú".

La Constitución de 1828 inauguró una redacción seguida por el artículo 146 de la Constitución de 1834:

"Constitución de 1828, artículo 152.- Nadie nace esclavo en la República; tampoco entra de fuera ninguno que no quede libre".

La Constitución de 1839 expresó la norma así:

"Constitución de 1839, artículo 155.- Nadie nace esclavo en la República".

La esclavitud desaparece, como se sabe en la década del ochocientos cincuenta. Ello se refleja en la Constitución de 1856:

"Constitución de 1856, artículo 17.- Nadie es esclavo en la República".

La Constitución de 1860 fue aún más enérgica y su texto fue repetido en el artículo 16 de la Constitución de 1867:

"Constitución de 1860, artículo 17.- No hay ni puede haber esclavos en la República".

Es la Constitución de 1920 la que se acerca a establecer una norma más general a propósito de la libertad personal, incorporando en ella la prohibición de la esclavitud y el derecho a la libertad de trabajo:

"Constitución de 1920, artículo 22.- No hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajo sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. La ley no reconoce pacto ni imposición alguna que prive de la libertad individual".

La esclavitud no es mencionada en la Constitución de 1933: trajo una norma sobre igualdad bastante genérica y, de las disposiciones que hemos revisado en esta parte, sólo estableció la libertad de trabajo.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma concordante de la Constitución de 1979 es la siguiente:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. Están abolidas la esclavitud, la servidumbre y trata en cualesquiera de sus formas [...]".

Con muy pequeñas variaciones gramaticales, las normas de la Constitución de 1979 y de 1993 son prácticamente idénticas. En cualquier caso, tienen exactamente el mismo significado.

Análisis exegético

La libertad y su vinculación con la servidumbre y la trata de seres humanos ha sido desarrollada en instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4.- Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos establece lo siguiente:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 8.-

1.- Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

[...]".

Por su parte, la Declaración Americana sobre Derechos Humanos trae el siguiente texto:

«Declaración Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.-

1.- Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

[...]".

Finalmente, la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer expresa:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 6.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer».

Podemos apreciar que la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos reciben condena frontal de todos estos tratados, vigentes normativamente en el Perú.

La primera parte del inciso señala que las únicas restricciones a la libertad personal son las previstas en la ley pero con una redacción en doble negación que hace decir a Chirinos Soto lo siguiente:

> La redacción de este apartado es defectuosa. Comienza con una declaración muy terminante: «No se permite forma alguna de restricción», para añadir in continenti: «salvo los casos permitidos por la ley». Entonces, se permiten formas de restricción (202).

La crítica es pertinente. Consideramos que para evitar problemas de expresión y de interpretación, es preferible que el legislador no utilice las dobles negaciones porque ellas equivalen a una afirmación. En este caso, como hemos dicho, la mejor manera de expresarlo era señalando

---

(202) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993.* Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 36.

que las únicas restricciones a la libertad personal son las que consten expresamente en la ley, o redacción parecida pero en positivo.

Ya hemos trabajado este concepto de la limitación de la libertad por la ley en la introducción a todo este inciso 24 y particularmente al desarrollar el literal a) inmediatamente anterior. A partir del artículo 5 de la Declaración francesa de 1789 hemos señalado que la ley no tiene atribución irrestricta de recortar la libertad personal sino al contrario: la norma original preveía que restringiera sólo lo que era comprobadamente nocivo para la sociedad y que en lo demás, la regla era el ejercicio de la libertad. Nuestro dispositivo no utiliza literalmente estas restricciones. Sería conveniente que se establecieran y, mientras tanto, que los legisladores cuidaran de defender extensivamente la libertad, de recortarla restrictivamente y, siempre, de fundamentar porqué lo hacen. Los jueces deberían a su turno exigir estos principios en la labor jurisprudencial.

Un asunto importante es saber si cuando se dice que la libertad sólo puede ser recortada por la ley nos estamos refiriendo a la norma con rango de ley, o a cualquier norma legislativa (incluidos un reglamento o una resolución del Poder Ejecutivo).

Creemos que en este caso la interpretación del vocablo ley tiene que ser restrictiva y que debe entenderse por ella a la norma con rango de ley. Decimos esto por dos razones: la primera, que sería muy peligroso dejar a criterio de quienes tienen la función ejecutiva del Estado, el grado de libertad que deben tener las personas: pueden no tener el criterio suficiente, o tener un criterio sesgado, o variar de concepto según las circunstancias.

La segunda es una razón histórica: la libertad pertenece a las personas que conforman la sociedad y ellas son las que se la pueden limitar. ¿Cómo? A través de la ley que ellos mismos dan. En el Estado de democracia representativa en el que vivimos, la ley la da la representación al órgano legislativo. Por consiguiente, es claro que debe ser el Congreso o, en todo caso, aquél a quien éste delegue la función de legislar sobre la materia. Desde luego, por estas razones expresadas, consideramos que el Congreso debería ser restrictivo en dar autorizaciones para legislar por decreto legislativo en materia de libertad y que es mejor que no autorice nunca tal delegación. Pero esta es sólo una opinión porque, técnicamente

hablando, no hay en nuestra Constitución impedimento alguno para que tal delegación opere.

El fundamento de esta opinión sobre la naturaleza de la ley y que sólo ella como votada por los representantes del pueblo puede restringir la libertad viene de la propia Declaración francesa de 1789. Dice:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 6.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes [...]".

Es muy claro en esta terminología que sólo la ley aprobada directamente por el pueblo o a través de sus representantes, puede poner límites a la libertad.

La Constitución, a continuación, prohíbe la esclavitud, sobre cuya definición ha dicho Enrique Bernales:

> La legislación internacional prohibitiva de estas prácticas es profusa. Debe anotarse que el primer instrumento oficial reconocido por las Naciones Unidas fue la Convención sobre la Esclavitud adoptada por la Sociedad de Naciones en Ginebra el 25 de setiembre de 1926, cuyo antecedente inmediato fue la Conferencia de Bruselas de 1889-1890, impulsada inicialmente para poner término a la trata de esclavos africanos. La Convención de 1926 definió concretamente lo que significaba la esclavitud y la trata de esclavos:
>
> «Artículo 1.1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

Artículo 1.2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos» (203).

Como sabemos, los atributos del derecho de propiedad son el usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto del derecho de propiedad. El tema fue desarrollado al comentar el inciso 16 del artículo 2 de la Constitución.

La trata de esclavos comprende todos los actos destinados a utilizar a un ser humano como objeto de transacción comercial. La descripción que hace el apartado 1.2 citado por Bernales es suficientemente explícita para requerir comentario adicional.

Sobre la servidumbre, O'Donnell trae noticia de otra definición que aparece en la convención Suplementaria sobre la Abolición de la esclavitud:

> Dicha definición, que figura en el artículo 1(a) y (b), de la Convención Suplementaria, demuestra que en realidad el concepto de servidumbre abarca dos prácticas distintas. El artículo 1 reza así:
>
> «a. La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;
>
> b. La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a

---

(203) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 y la jurisdicción militar.* En *Themis,* Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis, número 31, julio de 1995, pp. 142-143.

prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición» (204).

La primera forma corresponde al deudor que paga una deuda con su trabajo. En este caso, para que no se considere servidumbre, la norma exige que el trabajo debidamente valorizado se aplique a saldar la deuda o que, en todo caso, se limite la duración y se defina la naturaleza de los servicios. Si no, probablemente el deudor estaría permanentemente sometido al acreedor, al menos mientras éste no muestre voluntad en contrario.

La segunda forma, la *servidumbre de la gleba* ha sido muy frecuente en el Perú y, en cierta manera, permanece aunque con el desarrollo del proceso de urbanización y el crecimiento de la conciencia de los derechos propios, es probable que esté disminuyendo drásticamente. De hecho, uno de los golpes de gracia se lo dio el proceso de reforma agraria iniciado en 1964 y acelerado a partir de 1969: allí acabaron las relaciones semifeudales de señor-siervo que fueron características de la organización socioeconómica agraria peruana hasta entrada la segunda mitad del siglo XX.

Es muy importante subrayar que la servidumbre se produce porque la persona realiza esta labor y no tiene la libertad para cambiar de condición. En los casos en que este problema aparezca, será interesante que los jueces discriminen y determinen la calificación de las circunstancias.

Entre la jurisprudencia constitucional peruana, hemos encontrado la resolución que a continuación transcribimos y que es totalmente pertinente a esta discusión:

"[...] el Juzgado inmediatamente de recibida la demanda, expidió decreto y se constituyó [...] y en presencia de la señora Augusta Velarde de Suárez se inició la sumaria investigación; se solicitó la presencia de las accionantes: a lo que la señora Augusta Velarde hizo llamar a Nicolasa Ccopa Vargas, quien preguntada sobre la acción presentada: mani-

---

(204) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 104.

festó, que sí la había solicitado, primero en esa casa la tenían nueve años, que constantemente la maltrataba la señora o hacía que la maltraten, segundo: que, no la dejaban salir cuando ella lo deseaba y tercero: que no podía irse porque la señora le echaba la culpa de ladrona, concluyendo que ella quería salir de ese lugar, entrevista Justa Rupa: señaló que primero, al igual que a Nicolasa constantemente le pegaba la señora Augusta o le hacía pegar, segundo: que no la dejaban salir y que ella deseaba hacerlo, agregando además que al igual que a Nicolasa le hacían tomar dos vasos de café para que no duerman, concluyendo que desaba salir de ese lugar.- Acto seguido se solicitó la presencia de la menor Graciela Bueso Damián, persona que en un primer momento la señora no quiso poner a disposición haciéndolo luego de solicitársele reiteradamente en condiciones que se encontraba llorando dicha menor, quien preguntada por su edad manifestó tener once años, en esa casa la golpean mostrando a la suscrita su muslo izquierdo donde se observa un moretón, que le dan también café para que no duerma agregando que no sabe nada de su familia y que quiere irse de ese lugar.- Que la señora Augusta Velarde a los cargos de las accionantes refiere que: De los golpes que refieren es cierto, pero que lo ha hecho para corregirlas, como haría con sus hijas, que lo hace con la correa; que con respecto a que no las dejan salir es porque sus padres así lo han recomendado, pero que salen juntas, cuando las manda al cine o al circo; que si les da café es para que despierten para que hagan la limpieza porque duermen mucho; agrega, que si Nicolasa no se va ese es a su ruego, ya que le hacen ver que la quieren como de la familia; asimismo indica que además Nicolasa se ha ido al Cuzco de vacaciones un mes, regresando posteriormente; que con respecto a la niña ésta es de su hermana, Vilma Velarde por lo que la va a enviar a su poder; indica asimismo que la menor Graciela Bueso si tiene conocimiento de su familia, ya que inclusive recibe encomienda de su familia; que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la persona humana, y todos tienen la obligación de respetarla y protegerla teniendo por lo tanto la persona derecho a la vida, a la integridad física, y al libre desenvolvimiento de su personalidad; y todas las personas tienen igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; que la Constitución Política del Estado señala además que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal; que si bien es cierto la figura de la esclavitud no se da, como lo señala, el concepto del acuerdo de Ginebra, del veinticinco de setiembre de mil novecientos veintiséis, que "la esclavitud es el estado y condición de un indi-

viduo sobre el cual se ejercen las atribuciones del derecho de propiedad o alguna de ellas", se establece lo que se llama el delito de plagio el cual consiste en someter a una persona al propio poder, reduciéndola a un estado total de sujeción, tal como lo señala el tratadista Giuseppe Maggiore, no se da en su integridad dado que no se presenta los presupuestos típicos, sin embargo de lo actuado se aprecia una restricción arbitraria de la libertad individual de las accionantes, lo que también está protegido por la acción de Hábeas Corpus; que se debe tener en cuenta que los supuestos que contempla el artículo doce de la ley veintitrés mil quinientos seis son de carácter enunciativo y no agotan la posibilidad de una violación a la libertad individual; que, de la sumaria investigación se denota que las accionantes son personas de escasa cultura y educación, que además si bien es cierto el accionante ha invocado el artículo doce de la ley veintitrés mil quinientos seis esta acción es tuitiva-privilegiada y se contempla el estado de concusión de un derecho [...] declárese FUNDADA la acción de Hábeas Corpus interpuesta [...]". (Resolución del Vigésimo Sexto Juzgado de Instrucción de Lima, del 5 de setiembre de 1984, en el Hábeas Corpus interpuesto por Nicolasa Ccopa y otras contra Augusta Velarde).

El caso debe ser bastante frecuente en las complejas relaciones sociales del Perú, en el cual la modernidad liberal y capitalista se entremezcla con las sujeciones tradicionales, rezagos de una sociedad aristocrática que aún no terminó de cambiar, aguzados por la escasez de trabajo y de oportunidades. El asunto de este proceso se ubica en las relaciones de servicio doméstico en la ciudad. La jueza que resuelve no encuentra en este caso uno de esclavitud porque no se dan los elementos formales de la propiedad sobre personas, pero sí uno de restricción a la libertad individual, tanto por la relativa imposibilidad de desplazarse, como por las obligaciones y castigos que se impone a las personas involucradas. Además, ya fuera del objeto de nuestro interés, la sentencia ponía a la menor a disposición del Juzgado de Menores y remitía copia de lo actuado al Ministerio Público para que determine la procedencia de una acción penal.

El artículo 2 inciso 24 literal b) de la Constitución trata no solo de la libertad individual y de la esclavitud, sino también de la servidumbre. Hubiera sido interesante, desde el punto de vista conceptual, que la sentencia abordara también la posibilidad de definir este aspecto que es mu-

cho más cercano al tipo de problema que soportaban las agraviadas en este caso. Al ser el concepto de servidumbre más flexible y adaptable a relaciones sociales modernas que el de esclavitud (que como tal y en rigor formal ha ya prácticamente desaparecido), podría ser un referente importante para calificar situaciones como la que aquí se presentan. De hecho, la definición que nos ha aportado O'Donnell sobre la *servidumbre de la gleba*, podría haber sido aplicable en este caso aunque, en verdad, la situación por darse en un entorno urbano es poco clara.

En cualquier caso, estimamos que la labor de la jueza que resuelve este caso es destacable y que un antecedente como éste es importante por la frecuencia con que estos casos pueden estarse dando en nuestra sociedad. La acción de Hábeas Corpus es, así, un remedio interesante para problemas sociales de libertad en los que se encuentran involucradas, muchas veces, costumbre sociales que legitiman la restricción de los derechos de ciertas personas, o de personas en cierta condición.

Aunque la resolución fue emitida bajo la Constitución de 1979, consideramos que es perfectamente aplicable a la Constitución de 1993.

Finalmente, el dispositivo que comentamos se refiere a la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. Esta trata es la realización de actividades comerciales teniendo como objeto del contrato respectivo a un ser humano. Se produce cuando se comercia esclavos; cuando se pone a disposición a seres humanos para la prostitución a cambio de un pago a quien los facilita; cuando se *alquila* o *vende* niños para que sean utilizados como servidores domésticos y en muchas otras circunstancias similares. Todas estas actividades y las que se les puedan parecer, están indiscutiblemente prohibidas por la Carta.

Estos derechos, con las precisiones ya hechas, pueden ser defendidos mediante las garantías constitucionales establecidas.

En nuestra revisión de jurisprudencia constitucional peruana, hemos encontrado dos casos que pueden ser ilustrativos del tema de la libertad individual. Los transcribimos y comentamos brevemente a continuación:

"[...] don Ariel Arce Coloma interpone acción de Hábeas Corpus

contra Miguel Ibazeta Marino, Juez Suplente en lo Civil en la Provincia de Coronel Portillo-Pucallpa, y contra los Vocales José Beraún Hurtado, Juan Ollague Cáceres y Freddy Aricoché Guerra, Vocales de la Sala Mixta de la Corte Superior de Huánuco, Pisco y Ucayali; porque en una acción civil que sigue Francisco Olivari Palacio contra el accionante y Marcela Lola Gotuzzo sobre pago de fianza derivada de prenda industrial, el Juez al proveer dicha demanda ordenó que los demandados pongan a disposición del Juzgado, el tractor materia de la prenda "bajo apercibimiento de detención" medida que la convirtió en efectiva porque los demandados no cumplieron con dicho mandato, resolución esta última que fue confirmada por la Sala Mixta; que el apercibimiento decretado como la orden de detención señalado no se refieren a los casos previstos en los artículos ciento ochenticuatro, doscientos doce, cuatrocientos cuarentiocho, quinientos diez y seiscientos cuarenticuatro del Código de Procedimientos Civiles o de las disposiciones pertinentes con relación a la prenda, en consecuencia, tanto el apremio de detención como la orden de captura son medidas atentatorias de la libertad individual del accionante, garantía que preceptúan los artículos doscientos noventicinco primera parte y artículo segundo, inciso veinte, apartado b) de la Constitución Política del Estado [...]". (Resolución de la Corte Suprema de la República, del 23 de julio de 1984, en la acción de Hábeas Corpus interpuesta por Ariel Arce Coloma contra el Juez Suplente en lo Civil de Coronel Portillo-Pucallpa y otros).

En síntesis, lo que la Corte Suprema sostiene en este caso es que, al haberse dictado orden de detención en un proceso civil por no haberse puesto a disposición del juzgado el bien materia de la prenda, y al no estar autorizado dicho apremio, se ha restringido ilícitamente la libertad personal, incumpliendo el mandato del artículo 2, inciso 20, literal b) de la Constitución de 1979 que establecía: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley [...]". La resolución corresponde al período de vigencia de la Constitución de 1979, pero puede ser perfectamente aplicada como precedente en relación al artículo 2, inciso 24, literal b) de la Constitución de 1993.

Un caso que trata de la violación de la libertad individual por haberse puesto vigilancia policial en el domicilio de una persona, es el siguiente:

"[...] se verificó que en el exterior de la vivienda del accionante, había vigilancia policial por parte del agente de la Policía de Investigaciones del Perú Oscar Liñán García y el Sub Oficial de Tercera Augusto Bardales Santillán, por orden del General de la Policía de Investigaciones del Perú Gustavo Efraín Peralta Sánchez, en coordinación con la Fiscal Provincial doña Luz Aurea Sáenz Arana, sin mandato judicial, por lo que dispuso que en el acto quedaba sin efecto la referida vigilancia policial; que, basta esta comprobación para que el derecho constitucional invocado sea restablecido por el Juez, en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la existencia o inexistencia de un delito, por lo que objeto del Hábeas Corpus es requerir y obtener de la justicia, se investigue la restricción de la libertad denunciada y si la persona que la cometió estaba facultada por la ley; que no se trata de una restricción de libertad por flagrante delito, porque la noción de delito flagrante que el Código de Procedimientos Penales denomina actualmente "comisión inmediata", comprende la hipótesis de descubrirse al autor en el momento que lo comete o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber delinquido, que no es el caso de autos [...]". (Resolución de la Corte Suprema del 16 de febrero de 1984 en el Hábeas Corpus seguido por Guillermo Costa Mundaca contra la Fiscal provincial ad-hoc Luz Aurea Sáenz Arana y el general de la Policía de Investigaciones Gustavo Efraín Peralta Sánchez).

Los tribunales consideraron que esta vigilancia policial sin autorización y sin delito flagrante era un atentado contra el derecho invocado que, precisamente, es el considerado en este literal b) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución. La resolución, aunque fue dictada bajo el imperio de la Constitución de 1979, guarda coherencia total con la Constitución actual y puede ser tomada como precedente, lo que sería correcto hacer según nuestro criterio.

31. Artículo 2 inciso 24 literal c.

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> ***24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:***

[...]

No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1828 se puso en la situación que pudiera haber detención por deudas. La norma pertinente fue:

"Constitución de 1828, Artículo 128.- Una ley determinará los casos en que haya lugar a prisión por deudas.

Luego, las Constituciones guardan silencio sobre el tema hasta la de 1920. Su texto y el de la de 1933 son los siguientes:

"Constitución de 1920, artículo 25.- Nadie podrá ser apresado por deudas".

"Constitución de 1933, artículo 58.- No hay detención por deudas".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 traía la siguiente norma antecedente de la que comentamos:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

c) No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios [...]".

El texto de las normas de ambas Constituciones es idéntico en este punto.

Análisis exegético

Una obligación es una relación entre un acreedor y un deudor dentro de la cual el deudor adeuda una prestación al acreedor, quien tiene un crédito consistente en el derecho a que el deudor le pague dicha prestación. La prestación consiste en algo que el deudor debe o bien dar al acreedor, o bien hacer o no hacer para el acreedor. Las obligaciones nacen de muchas maneras. El Código Civil contiene las normas generales sobre ello y las considera entre sus artículos 1351 y 1988. Menciona expresamente como fuentes obligacionales al contrato, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual. Esta clasificación es muy cercana conceptualmente a la que desarrollaron los romanos bajo sus cuatro formas de contratos, quasi contratos, delitos y quasi delitos.

Como puede verse, las deudas de que aquí hablamos consisten en el deber que tiene el deudor de pagar la prestación al acreedor en las condiciones correspondientes (de tiempo, lugar, condiciones de pago, etc.).

En el Derecho hubo una larga época, que como vemos llega hasta nuestra primera Constitución, en la cual al deudor que incumplía su deuda se le podían aplicar sanciones penales. En épocas antiguas del Derecho Romano, existía inclusive un mecanismo judicial mediante el que el deudor incumplido caía bajo el poder de su acreedor hasta que pagaba lo que debía. Inclusive, éste podía venderlo.

El criterio cambió y ya vemos que nuestras Constituciones de este siglo establecen que no hay prisión por deudas. Esto no quiere decir que el deudor que incumple es impune. Todo lo contrario porque las deudas jurídicamente contraídas son forzosas. Para ello, el artículo 1219 del Código Civil, que es la norma general de los efectos de las obligaciones en nuestro sistema jurídico, dice:

"Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.
2. Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
3. Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
4. Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohiba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2".

En este artículo puede verse que los dos primeros incisos consisten en el derecho del acreedor a obtener la prestación que el deudor le debe: puede exigírsela directamente según el inciso 1 (salvo que deba emplear violencia contra él, caso en el que no puede exigirla directamente según el artículo 1150 inciso 1 del propio Código), o hacer que la cumpla una segunda persona a la que deberá pagar el deudor incumplido.

Adicionalmente, el inciso 3 permite que el acreedor exija una indemnización por el daño que se le haya causado y que es una sanción de naturaleza civil contra el deudor que no cumple su deuda. (El inciso 4 contiene medidas de protección para el acreedor que no corresponde discutir aquí).

Puede verse, entonces, que el deudor incumplido no está a salvo de consecuencias perjudiciales para él en el Derecho, y que el acreedor a quien no se le satisface la prestación puede recurrir a medidas que lo protegen, le garantizan su derecho e, inclusive, lo pueden resarcir en los daños con una indemnización.

Pero cosa distinta es que al deudor que incumple se le imponga una sanción penal, considerándolo como un delincuente. Esto es lo que este derecho establece: la deuda es un problema privado entre acreedor y deudor y no es un problema de la sociedad que deba ser sancionado con una pena. Los aspectos civil y penal están claramente diferenciados en materia de obligaciones privadas.

Hay sin embargo una observación que hacer: el Derecho Penal sanciona como delitos específicos, ciertas circunstancias en las que parece estar penando a deudores por ser tales. Es el caso, por ejemplo, del delito de estafa:

"Código Penal, artículo 196.- El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años".

En este caso bien puede ocurrir que quien produjo el engaño adquirió una obligación que no va a pagar. Pero no será considerado estafador (esto es, susceptible de sanción penal) por el hecho de tener una deuda, sino por haber conseguido engañar a su contraparte por vías fraudulentas: lo que se castiga no es la condición de deudor sino la conducta antijurídica que lleva al establecimiento de la relación obligacional de que se trate. Lo propio puede decirse de otras conductas delictivas vinculadas, por ejemplo, a los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios (artículos 209 y siguientes del Código Penal).

La Constitución hace excepción del principio que comentamos para el caso de los deberes alimentarios, lo que quiere decir que, en caso de su incumplimiento, el juez podría constitucionalmente hablando mandar detener al deudor incumplido.

Los alimentos están definidos en el Código Civil. Dice su artículo 472:

«Código Civil, artículo 472.- Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia.

Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo».

El Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por Decreto Ley 26102, promulgado el 28 de diciembre de 1992, ha modificado este artículo en su segunda disposición final sin ofrecer texto alternativo, pero

tiene norma respecto a los alimentos en su artículo 101, que tal vez es la que se pretende como disposición modificatoria:

"Decreto ley 26102, artículo 101.- Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente. También se considera alimentos los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del post-parto".

El Código de Procedimientos Civiles anterior autorizaba a que quien incumplía el pago de la pensión alimenticia fuese detenido hasta que la pagara. En realidad, convertía esta deuda en un círculo vicioso porque el detenido no podía procurarse recursos para cumplir la obligación y, de esa manera, el problema se agravaba a medida que la deuda crecía. La disposición fue muy criticada en su oportunidad, y el nuevo Código Procesal Civil, que trata el juicio de alimentos entre sus artículos 560 y 572, no contiene norma similar de lo que debemos concluir que esta licencia que da la Constitución no se está utilizando. (Decimos *licencia* porque, como puede verse de su texto, abre la posibilidad de quitar la libertad en caso de alimentos pero no obliga a ello).

En cambio, en el Código Penal se ha establecido delitos correspondientes a la omisión de asistencia familiar:

"Código Penal, artículo 149.- El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en convivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte".

"Artículo 150.- El que abandona a una mujer en gestación, a la que

ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta noventa días-multa".

Sin embargo, aquí no se sanciona porque existe deuda alimentaria sino porque se han establecido tipos delictivos cumpliendo el principio de que no hay delito sin ley ni pena sin ley. Además, deberá haber un proceso penal en el que se aplicará todos los demás elementos que requiere el Derecho Penal para sancionar por esta vía a una persona.

Entre estos requisitos está el que se halla en el artículo 12 del Código Penal:

"Código Penal, artículo 12.- Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

Como en los tipos delictivos de los artículos 149 y 150 no se halla considerada la infracción culposa, las personas sólo podrán ser penadas por aplicación de ellos cuando hayan, intencionalmente, incumplido los deberes que allí se establecen.

Puede verse, muy fácilmente, que no siempre que se incumpla los deberes alimentarios se cometerá delito de omisión de asistencia familiar pues si no pago porque un evento inesperado me ha privado de los recursos necesarios para hacerlo (por ejemplo un robo de todo el dinero disponible que tenía), entonces deberé actualizar el pago de las pensiones que se hayan devengado, pero seria inaceptable que algún juez me condene penalmente por ello. En una situación como ésta la persona estaría amparada además por el Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que dice:

"Código Penal, título preliminar, artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

En otras palabras, cuando hay un tipo delictivo establecido, no se

sanciona por el hecho de tener una deuda pendiente, sino porque se cumplen los requisitos establecidos en dicho tipo para considerar penal la conducta del sujeto.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ocupan del tema. Dicen lo siguiente:

«Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 11.- Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual».

«Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7.-

[...]

7.- Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios».

Faúndez da una opinión interesante sobre las diferencias entre ambos textos:

> Hay una diferencia notable entre la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, contemplada en el Pacto, y la prohibición de la prisión por deudas, prevista en la Convención Americana. Esta diferencia va más allá de permitir, en ambos casos, la privación de la libertad personal como consecuencia de mandato judicial dictado por el incumplimiento de deberes alimentarios pues, en cuanto éstos derivan de la ley y no del contrato, tal situación tampoco estaría amparada por el Pacto; las diferencias se podrían apreciar en que, mientras en el marco del Pacto se podría encarcelar a una persona por deudas de tipo tributario (que tampoco derivan de un contrato), ello no estaría permitido por la Convención Americana, que no distingue entre uno u otro tipo de deudas o entre uno u otro acreedor (205).

---

(205) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El derecho a la libertad y seguridad per-*

Consideramos certera esta observación. De ella puede verse que el texto con mayor grado de protección es la Declaración Americana, la que coincide con la norma de nuestra Constitución. La consecuencia normativa de todo ello es que en el Perú se aplicará el mejor derecho que es aquel en el que ninguna deuda por sí misma, salvo la alimentaria cuando así lo establezca la ley, dará lugar a prisión. Si el Pacto Internacional admite que toda deuda generada por ley permita el encarcelamiento, ello no es aplicable en nuestro sistema jurídico porque tenemos normas que protegen mejor la libertad del deudor.

32. Artículo 2 inciso 24 literal d

> **«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:**
>
> [...]
>
> **24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:**
>
> [...]
>
> **Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.[...]».**

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

No han sido muchas las Constituciones que han tratado el tema que desarrolla este dispositivo constitucional. Durante el siglo XIX las normas lejanamente relacionadas con ella tuvieron inclinación a tratar los límites de la dureza de las penas y de su alcance a diversas personas. Es

---

sonal. VARIOS AUTORES. *Lecturas Constitucionales Andinas I.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 160.

recién con la Constitución de 1920 que la problemática del inciso de la Constitución de 1933 que ahora comentamos, es abordada de manera directa.

Las disposiciones que podríamos *vincular* a este inciso en la Constitución de 1823 tienen sólo un lejano parentesco conceptual con él. Se vinculan, sobre todo, al problema de la determinación de las penas aplicables y a sus efectos. Dicen:

"Constitución de 1823, artículo 115.- Queda abolida toda confiscación de bienes, y toda pena cruel y de infamia trascendental. El código criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital á los casos que exclusivamente la merezcan".

"Constitución de 1823, artículo 116.- Ninguna pena infama a otro individuo, que al que la mereció por la aplicación de la ley".

El artículo 122 de la Constitución de 1826 repitió lo sustantivo del artículo 115 de la Constitución de 1823.

La Constitución de 1834 dictó norma de la siguiente manera:

"Constitución de 1834, artículo 151.- Ninguno puede ser arrestado ni preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito de juez competente, que se le intimará al tiempo de la aprehensión".

La Constitución de 1939 versó únicamente sobre la confiscación de bienes y sobre la no afectación por la pena de persona distinta que el condenado:

"Constitución de 1839, artículo 133.- Queda abolida la pena de confiscación de bienes y ninguna pena afectará a otro que al culpado".

El tratamiento moderno del problema comienza con la Constitución de 1920 cuyo texto dice:

"Constitución de 1920, artículo 26.- No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino

conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan".

Los principios tal como los conocemos hoy en día, están mejor expresados en la Constitución de 1933 que en todas las anteriores:

"Constitución de 1933, artículo 57.- Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia.

No puede imponerse la pena de confiscación de bienes".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 establecía sobre este punto:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley [...]".

El texto de las Constituciones de 1979 y 1993 es idéntico en este punto.

Análisis exegético

Los principios que recoge este apartado de la Constitución son conocidos como *no hay delito sin ley* y *no hay pena sin ley*. A ellos hay que juntar como tercer principio clásico del Derecho Penal contemporá-

neo el establecido en el inciso 10 del artículo 139 de la Constitución: *no hay pena sin proceso.*

El Código Penal los ratifica, como no podía ser de otra manera, en el artículo II de su título preliminar:

"Código Penal, título preliminar, artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

Sobre el origen de estos principios dice Jiménez de Asúa:

> La Filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de Beccaria en una fórmula jurídica que resultaba del *Contrato social* de Rousseau: el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley (206).

Dice Beccaria:

> La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad (207).

Y luego añade:

> La prisión es una pena que necesariamente debe preceder, a diferencia de cualquier otra, a la declaración del delito; pero este

---

(206) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976. Parte I, cap. III, p. 34.

(207) BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1969. Cap. III, p. 74.

carácter distintivo no le priva de otro también esencial, esto es, que solo la ley determine los casos en que un hombre es merecedor de pena. La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo, que lo sometan a una investigación y a una pena" (208).

En efecto, el tiempo en el que estos principios aparecen es el de las revoluciones liberales. Ya contuvo una norma de este tipo la Declaración francesa de 1789:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 8.- La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida con anterioridad al delito y legalmente aplicada".

En este texto se encuentran resumidos los tres principios y, adicionalmente, un mandato inicial que ordena que la ley contenga sólo las penas estricta y evidentemente necesarias, norma que ha desaparecido por lo menos del ámbito de nuestras Constituciones y del Código Penal (donde, estrictamente, no debería tener lugar).

Villavicencio traza rápidamente el desarrollo legislativo inicial de las normas que comentamos:

> Anselm von Feuerbach originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que reflejó y precisó una de las conquistas de la revolución francesa (artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución del 3 de setiembre de 1791). Antes había sido acogido en el *Bill of Rights* firmado en Filadelfia (1774), luego en Virginia (1776) y Maryland (1776) (209).

---

(208) BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas.* Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1969. Cap. VI, p. 81.

(209) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal.* Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990. Parte I, cap. IV, pp. 59-60.

Los instrumentos internacionales también tratan estos principios. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.-

1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

La primera parte del apartado primero se refiere al principio de presunción de inocencia que no tiene que ver con el tema que tratamos. De allí en adelante, están también contenidos los temas que nos ocupan. Dos aspectos son importantes de la Declaración Universal:

- El primero que no sólo exige que la pena esté establecida en la ley, sino que no se pueda aplicar pena más grave que la que correspondía según las normas en el momento de comisión del delito. Agravar la pena por ley posterior sería aplicación retroactiva prohibida.
- El segundo, que permite que la tipificación del delito haya sido establecida previamente en el Derecho nacional o en el internacional. Evidentemente, en el Perú sólo podrá aceptarse un delito establecido internacionalmente en un tratado ratificado por el Perú en la forma que establecen los artículos 55 y 56. Un tratado que contiene un tipo delictivo afecta los derechos humanos (como sucede con toda pena) y por ello tendrá que ser aprobado por el Congreso, no por el Poder Ejecutivo.

"Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 15.-

1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley

dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2.- Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional».

El primer párrafo aporta el principio de la aplicación retroactiva de la pena más leve, que es procedente y, por ello, derecho de rango constitucional en nuestro ordenamiento, según la metodología de trato que estimamos debe darse a la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no dicta una norma estrictamente vinculada a los principios que estamos desarrollando, pero hace un aporte interesante:

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI.-

[...]

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes pre-existentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas».

La segunda parte de la Declaración añade un contenido sustantivo al principio de no hay pena sin ley: la ley no podrá establecer penas crueles, infames o inusitadas. También este principio se eleva al rango constitucional en nuestro sistema jurídico y, dado el caso, se podrá buscar su protección mediante las garantías constitucionales establecidas.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos trae las siguientes disposiciones:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de

cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello».

No hace sino ratificar las normas que ya hemos visto anteriormente.

La Constitución impide que alguien sea procesado o condenado si no existe previamente una ley que establezca el delito y la pena. Nótese que la prohibición es doble: no sólo no podrá penarse, sino que inclusive no podrá siguiera iniciarse el juicio. Esto último, desde luego, siempre que la denuncia inicial se refiera a una conducta no tipificada.

La conducta delictiva, por acción o por omisión, tiene que estar expresa e inequívocamente establecida en la ley penal previa. No cabe aplicar sanciones penales mediante interpretaciones extensivas ni mediante analogía. Sobre este tema dice Hurtado Pozo:

> Violentar la significación de las palabras y subsecuentemente de la expresión en su conjunto, implica el empleo de la analogía o de la reducción teleológica. La primera está prohibida en la aplicación de las normas especiales de Derecho penal, ya que el Principio de la legalidad impide reprimir un acto que no haya sido previamente regulado como delito en una ley (210).

Por su parte, Felipe Villavicencio añade:

> Principio de Legalidad [...].
>
> Este es el principal límite formal de la violencia punitiva que el sistema penal ejercita. Esta violencia se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que salga del sistema penal (torturas, ejecuciones extrajudiciales, desaparecidos, etc.) deberán ser consideradas conductas prohibidas.

---

(210) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal Parte General.* Lima, Sesator, ¿1979? Parte II, Cap. II, p. 109.

El principio de legalidad limita el ejercicio de la función punitiva estatal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: nullum crimen, nulla poena sine lege.

A partir de esta limitación, se constituye como una garantía de la administración de justicia la prohibición de la [...], de manera que la pena sólo se aplica a los tipos de lo injusto taxativamente previstos en la ley penal sin que exista la posibilidad de aplicar analógicamente características descriptivas o normativas de los mismos».

La analogía en materia penal está expresamente prohibida en el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución. Sobre ella, añade lo siguiente el Código Penal:

"Código Penal, título preliminar, artículo III.- No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".

La Constitución exige que el delito y la pena deben estar calificados *previamente*, lo que equivale a decir que no habrá aplicación retroactiva de ellos: si alguien realizó una acción que en ese momento no era considerada delito y, luego, es tipificada como tal, la persona no tendrá responsabilidad penal por dicho acto. Este principio es coincidente con el de no aplicación retroactiva de las leyes (salvo cuando son más favorables al reo), consignado en el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución.

El tema de la aplicación de la ley penal en el tiempo tiene matices importantes por permitirse la retroactividad benigna y prohibirse expresamente sus demás formas. El Código Penal ha tratado adecuadamente el asunto en los siguientes artículos que son claros en sí mismos y, por ello, nos limitamos a transcribirlos:

"Código Penal, artículo 6.- La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley".

"Código Penal, artículo 7.- Sí, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho".

"Código Penal, artículo 8.- Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario".

"Código Penal, artículo 9.- El momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca".

Dice luego el párrafo constitucional que tratamos, que el delito y la pena deben estar calificados en *la ley*. El concepto aquí debe ser entendido en su sentido estricto: como norma de rango de ley. Felipe Villavicencio dice al respecto:

> El término Ley que utiliza la Constitución al definir este principio, lo entendemos como las disposiciones jurídicas emanadas de los órganos del Estado que tienen funciones legislativas. Comprende a la Ley elaborada como acto político del Poder legislativo y también los Decretos legislativos emanados del Poder Ejecutivo de acuerdo a las formalidades que el orden constitucional establece [...]. No tienen la condición de Ley, los decretos y resoluciones dictadas por el Poder Ejecutivo [...] ni las disposiciones dictadas por autoridad administrativa de menor jerarquía (211).

En opinión de este mismo autor, la determinación de que la ley es

---

(211) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal.* Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990. Parte I, cap. IV, p. 60.

la que establece delitos y penas, excluye toda otra disposición legislativa de menor rango:

> *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta.*
>
> No hay delito, no existe pena sin ley escrita [...]. Se dirige a rechazar a la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes del derecho penal, sin que esto signifique negar su incidencia en el derecho penal, siempre subordinada a la ley (212).

La violación de estos derechos podrá ser reclamada por vía de las garantías constitucionales establecidas.

33. Artículo 2 inciso 24 literal e

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
> *[...]*
>
> ***24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:***
>
> *[...]*
>
> ***e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.***
>
> *[...]».*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Del tema de este dispositivo, sólo se ocuparon tres constituciones, y de las primeras décadas del siglo pasado. El texto que utilizaron los ar-

---

(212) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal.* Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990. Parte I, cap. IV, p. 62.

tículos 160 de la Constitución de 1834 y el artículo 166 de la Constitución de 1839, es el mismo que tenía el que aquí transcribimos:

"Constitución de 1828, artículo 164.- Todo ciudadano tiene derecho a conservar su buena reputación mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes".

Si bien la forma de expresión es distinta, puede verse claramente la intención de considerar inocente a la persona mientras no haya sido formalmente condenado.

Antecedentes en la Constitución de 1979.

La Constitución de 1979 decía respecto de este punto:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]
20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

f) Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad [...]".

El texto de las Constituciones de 1979 y 1993 es idéntico en este tema.

Análisis exegético

Hemos visto que el texto tiene antecedente, con distinta redacción pero con igual significado, a partir de la constitución de 1828. También la Declaración francesa de 1789 estableció norma al respecto:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 9.- Debiendo presumir a todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor innecesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley".

La primera parte de la norma, con pequeñas distancias de expresión, tiene el mismo significado que nuestra disposición actual. La segunda parte es importante y no figura entre nosotros: no es necesario usar sino el rigor indispensable; los excesos deben ser severamente reprimidos por la ley. Debería considerarse establecer una disposición de este tipo en la Constitución, habida cuenta de los abusos que normalmente se conocen en nuestro medio al arrestar personas (213).

También los tratados internacionales contienen disposiciones sobre el punto. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.-

1.- Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

[...]».

Como corresponde, la norma dice que la culpabilidad sólo se podrá probar en juicio que constituya un debido proceso (sobre este concepto ver el comentario del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.-

[...]

2.- Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley [...]».

---

(213) Notable fue el operativo prácticamente equivalente a un secuestro, que se utilizó contra el general Robles en noviembre de 1996, según se dijo, para cumplir una orden de detención emitida por los Tribunales Militares. El hecho fue tan reprobable, que el Defensor del Pueblo y el Presidente de la República lo rechazaron, dando todo el proceso finalmente lugar a una amplia amnistía por ley.

La norma establece el principio en los términos generales en que ya está indicado en la Constitución. Tal vez la diferencia sea que en el Pacto se exige declaración de culpabilidad conforme a ley y en la Constitución se reclama declaración judicial. Sin embargo, en la sistemática contemporánea, tanto del Derecho interno como del Internacional, ambas expresiones sólo pueden querer decir lo mismo. La de nuestra Constitución es, sin embargo, mejor por tener mayor precisión.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por su parte, reza:

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI.- Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas".

Los derechos que comentamos están bien protegidos por esta Declaración, particularmente, el de que la condena sea por organismo jurisdiccional. El segundo párrafo del artículo releva de mayores comentarios.

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. [...]».

Esta declaración tiene una formulación muy similar a la del Pacto Internacional ya comentada antes.

Como es evidente, este artículo se refiere a la inocencia frente a problemas de naturaleza penal: nadie es delincuente hasta que haya sido sentenciado y condenado definitivamente. Ningún trámite, documento, evidencia o acusación previa valen para cambiar este principio. Ni siquiera la acusación constitucional de que habla el artículo 100, sumada a

una decisión de suspensión o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, en los términos del primer párrafo de dicho artículo. Sólo la autoridad judicial en instancia definitiva puede convertir a una persona en delincuente para la ley.

La necesidad de actuar en consonancia con este principio aparece como un imperativo constitucional, particularmente en el caso de los medios de comunicación masiva, que pueden dañar irremediablemente la reputación de una persona, achacándole delitos que hayan sido mencionados en la investigación policial o en las primeras etapas del juicio, y de los que luego se declare la inocencia.

La declaración judicial de responsabilidad equivale a la última sentencia posible en el proceso penal del caso, es decir, cuando ya no exista posibilidad de impugnación alguna (aunque, desde luego, siempre existirá el posible juicio de revisión, pero es un asunto completamente distinto, que sólo opera cuando aparecen pruebas de la inocencia del condenado).

Demás está decir, que el proceso en el que se dicte esa sentencia, deberá haber sido un proceso debido en los términos de los incisos 3 y 10 del artículo 139 de la Constitución.

Finalmente, a propósito de ciertas opiniones de aplicación del Derecho Internacional, O'Donnell menciona este importante problema jurídico penal:

> En uno de sus estudios, la Comisión opinó que la imposición de sentencias basadas únicamente en evidencias circunstanciales no es forzosamente incompatible con la presunción de inocencia. El texto pertinente de ese informe reza:
>
> En algunas ocasiones los tribunales especiales utilizaron las llamadas evidencias circunstanciales para presumir la culpabilidad del inculpado. Tal método, en sí, no es contrario a la presunción de inocencia del acusado.
>
> En diversos sistemas judiciales se admite que, bajo determinadas circunstancias, el beneficio de la presunción de la inocencia desaparece y, consecuentemente, la carga de la prueba se invierte y

recae sobre la persona del procesado, si surgen ciertas evidencias circunstanciales.

La figura de la «evidencia circunstancial» hace desaparecer la presunción de inocencia y produce la inversión de la prueba por la abundante y coincidente presencia de indicios contra una persona sindicada de una acción. Según este criterio, cuando existen esas evidencias circunstanciales, el sindicado se reputa presuntamente culpable».

Cabe subrayar que la inversión de la carga de la prueba sólo es lícita, según este mismo órgano, cuando las pruebas indirectas son «abundantes». La inversión de la carga de la prueba con base en un solo hecho –como por ejemplo el ser partidario de una determinada facción política– ha sido condenada expresamente por la Comisión. Asimismo, este órgano ha subrayado que aún cuando la inversión de la carga de la prueba esté justificada, ello no exime al juez o al tribunal de valorar las pruebas de descarga ofrecidas por el acusado (214).

Nuestro Código Penal no autoriza la inversión de la prueba, por lo que en el Perú este criterio, permitido por el Derecho Internacional según O'Donnell, no sería aplicable. Sin embargo, debería discutirse su establecimiento para casos especialmente difíciles de probar por la complejidad de las formas del actuar delictivo y por la gran capacidad de los actores para borrar pruebas. Nos estamos refiriendo a los casos de narcotráfico y de los diversos delitos contra el patrimonio fiscal en ejercicio de cargos públicos. Especialmente evidentes serán aquellas circunstancias en que la riqueza de la persona no pueda ser justificada por rentas o patrimonio personal previo. Los casos son varios y no sólo en el Perú.

34. Artículo 2 inciso 24 literal f

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

---

(214) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 170.

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

[...]

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término. [...]».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La protección constitucional a la libertad individual frente a la detención arbitraria estuvo siempre presente, y protegida con detalle. Ya la Constitución de 1823 autorizaba la detención extrajudicial sólo por 24 horas. Sólo un juez puede, de acuerdo a los procedimientos y las reglas de fondo que existan, establecer la detención de la persona. La protección a la libertad fue garantizada con una acción popular, es decir, que podía ser interpuesta en favor del perjudicado por cualquier persona. Tradicionalmente, esta fue siempre una forma de protección jurisdiccional extensiva de determinados derechos. La norma que obligaba a dar noticia de las razones de la detención es de mucha importancia para proteger el derecho y aparece con la Constitución de 1860. El Hábeas Corpus aparece con la Constitución de 1920 y, desde entonces, atraviesa por una

institucionalización y existencia cada vez más grandes en el constitucionalismo peruano.

El artículo 127 de la Constitución de 1823, ubicado en la parte referida a las autoridades políticas, dispuso lo siguiente:

"Constitución de 1823, artículo 127.- Les está prohibido absolutamente todo conocimiento judicial, pero si la tranquilidad pública exigiere fundadamente la aprehensión de algún individuo, podrán ordenarla desde luego, poniendo al preso dentro de 24 horas a disposición del juez y remitiéndole los antecedentes".

Los dos artículos siguientes, completaban la regulación de esta circunstancia excepcional:

"Constitución de 1823, artículo 128.- Esta disposición tendrá lugar, cuando el tiempo y las circunstancias no permitieren de algún modo poner en noticia del juez la necesidad de la aprehensión".

"Constitución de 1823, artículo 129.- Cualquier exceso del prefecto, intendente, ó gobernador en el ejercicio de su empleo relativo a la seguridad individual, ó a la del domicilio, produce acción popular".

También era amplio el tratamiento de la Constitución de 1826:

"Constitución de 1826, artículo 117.- Ningún Peruano puede ser preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del juez ante quién ha de ser presentado; excepto en los casos de los artículos 84, restricción 2, y 123, 133".

"Constitución de 1826, artículo 118.- Acto continuo, si fuere posible deberá dar su declaración sin juramento, no difiriéndose esta en ningún caso por más tiempo que el de cuarenta y ocho horas".

"Constitución de 1826, artículo 119.- In fraganti todo delincuente puede ser arrestado por cualquiera persona, y conducido a la presencia del juez".

El artículo 84 inciso 2 establecía:

"Artículo 84.- Son restricciones del presidente de la República:

[...]

2.- Cuando la seguridad de la República exija el arresto de uno ó más ciudadanos, no podrá pasar de cuarenta y ocho horas sin poner al acusado a disposición del tribunal ó juez competente.

[...]".

El artículo 123 de la Constitución de 1826 tiene que ver con el régimen de excepción. El 133 se refería a las autoridades políticas y su texto es el siguiente:

"Constitución de 1926, artículo 133.- Les está prohibido todo conocimiento judicial; pero si la tranquilidad pública exigiese la aprehensión de algún individuo, y las circunstancias no permitieren ponerlo en noticia del juez respectivo, podrán ordenarla desde luego dando cuenta al juzgado que compete, dentro de cuarenta y ocho horas. Cualquiera exceso que cometan estos magistrados, relativo a la seguridad individual, ó a la del domicilio, produce acción popular".

Los artículos 127 de la Constitución de 1928, y 151, 152 y 153 de la Constitución de 1834 rigen el asunto de manera similar a las constituciones anteriores.

La Constitución de 1856 se acerca mucho al texto actual cuando establece:

"Constitución de 1856, artículo 18.- Nadie podrá ser arrestado sin mandato escrito de juez competente, ó de la autoridad encargada del orden público, excepto por delito in fraganti; debiendo en todo caso ser puesto a disposición del juzgado que corresponda dentro de veinticuatro horas".

La Constitución de 1860 añade a esta disposición, la obligación de dar copia del mandamiento de detención. Es una innovación importante en relación a los textos anteriores y que se halla en la parte final del texto:

"Constitución de 1860, artículo 18.- Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente, ó de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito; debiendo, en todo caso, ser puesto el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les pidiere".

El artículo 17 de la Constitución de 1867 y el 24 de la Constitución de 1920 repitieron lo sustancial de esta norma. Esta última, sin embargo, introdujo el Hábeas Corpus en los textos constitucionales:

"Constitución de 1920, artículo 24.- Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito del Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo en todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de veinticuatro horas, a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiere.

La persona aprehendida o cualquier otra podrá interponer conforme a la ley, el recurso de Hábeas Corpus por prisión indebida".

La Constitución de 1933 tuvo una versión algo distinta a la de 1920 que vale la pena transcribir (haciendo notar que el Hábeas Corpus figuraba en otra disposición dentro de la misma Carta):

"Constitución de 1933, artículo 56.- Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el detenido, dentro de veinticuatro horas, o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponda, el que ordenará la libertad o librará mandamiento de prisión en el término que señale la ley".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 traía la siguiente norma sobre el tema que comentamos:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

g) Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término [...]".

El texto, salvo pequeñas diferencias de redacción que no afectan el significado jurídico, es igual al de la Constitución de 1993.

Análisis exegético

La libertad personal ha sido un bien precioso para el liberalismo. Figura por ello desde nuestras primeras constituciones y con detalle suficiente, como se pudo ver en la parte correspondiente.

También la Declaración francesa de 1789 la consignó. El texto es:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades prescritas por ella. Los que soliciten, expidan o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o arrestado por la ley, debe obedecer al instante y si se resiste se hace culpable".

El mandato sustantivo de este artículo en el tema que nos concierne, consiste en que sólo se puede detener a las personas en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescriba. La elabora-

ción es menos precisa que la que contiene nuestra legislación (la que incluye plazos terminantes y establece autoridades capaces de dictar las órdenes de detención de manera específica, pero el sentido y las reglas esenciales ya están en la Declaración de 1789.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos han trabajado intensamente sobre el tema de la libertad personal. La Declaración Universal sobre Derechos Humanos establece:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9.- Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado».

Como después veremos, la expresión *detención arbitraria* merece comentarios especiales. Por lo demás, la Declaración simplemente expresa el derecho, sin mayores precisiones.

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.-

1.- Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

[...]».

El Pacto comienza declarando la libertad y la seguridad y termina exigiendo ley que predetermine las causas y procedimientos de privación de libertad. O'Donnell hace el siguiente comentario en referencia a todos los posibles alcances de estas normas del Pacto:

El Comité de Derechos Humanos ha subrayado, incluso, que esas garantías se aplican no sólo a personas privadas de libertad por autoridades estatales y por motivos no penales, sino también en personas privadas de libertad por particulares, habiendo señalado al respecto:

El párrafo 1 (del artículo 9) es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o, en otros casos, como por ejemplo, el de las enfermedades mentales, la vagancia, la

toxicomanía, el logro de objetivos educativos, el control de la inmigración, etc.» (215)

Reconoce que no hay pronunciamientos por casos no penales o por razones de seguridad nacional. No obstante, menciona otros temas que la Comisión Interamericana sí ha tratado:

"Ni el Comité de Derechos Humanos ni la Comisión Interamericana han examinado, hasta la fecha, casos de personas privadas de libertad por motivos no penales ni por razones de seguridad nacional. No obstante, tanto el Comité como la Comisión han reconocido que el concepto de privación de libertad abarca otras prácticas más amplias que la detención y la pena de prisión. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha calificado como violatorios de la libertad personal tanto el «exilio interno» como el secuestro y la desaparición efectuada por agentes del gobierno.

La Comisión Interamericana, por su parte, ha reconocido el «arresto domiciliario», el exilio interno o «relegaciones administrativas» y la negación de salvoconducto a personas asiladas en embajadas, como prácticas que pueden, según las circunstancias, ser violatorias de la libertad personal.

Estas últimas circunstancias son desgraciadamente frecuentes en América Latina y, tal vez por ello, la Comisión Interamericana ha hecho un pronunciamiento específico en este sentido.

En lo que respecta al Derecho peruano, estas consideraciones de los organismos internacionales especializados en la materia, constituyen fuente constitucional de Derecho y, por tanto, deben ser reconocidas con tal rango, según la metodología que venimos empleando y que hemos fundamentado. Por consiguiente, todos estos aspectos del derecho de libertad personal podrán ser defendidos con las garantías constitucionales existentes.

---

(215) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 122.

El Pacto Internacional continúa:

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.-

[...]

3.- Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4.- Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

[...]».

El apartado 3 del artículo 9 del Pacto establece varias normas importantes:

- No debe haber demora en la convocatoria del detenido por el juez. El concepto de *demora* es flexible, pero en este caso la interpretación tiene que ser hecha en favor y no en contra de la libertad.
- El juez ante el que se lleve al detenido tiene que ser una autoridad competente para la materia de acuerdo a ley. Esta regla, unida a otras que regulan los principios de administración de justicia, requiere que se trate de una jurisdicción predeterminada, lo que evitará el problema de que se creen comisiones u organismos ah hoc para torcer la imparcialidad de la justicia.
- El juzgamiento debe ocurrir en un plazo razonable. Cabe aquí el comentario que hicimos antes al concepto de *demora*.
- El juicio puede realizarse por comparecencia (sin detención efectiva), pero se deberá garantizar la presencia de la persona para las diligencias y, en todo caso, para el cumplimiento de la sentencia.

Normalmente, esta garantía consistirá en una caución, más ciertas restricciones de libre circulación, más obligaciones de reporte periódicas ante la autoridad bajo sanción de ser detenido ante el incumplimiento.

- El cuarto párrafo de este artículo corresponde al tema del Hábeas Corpus como derecho de recurrir a los tribunales para que analicen la detención que se sufre. No corresponde a esta parte de nuestro comentario, pero sí es un complemento importante del mismo y muestra la preocupación de los autores del Pacto en pro de la libertad.

La Declaración Americana estableció:

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXV.- Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes pre-existentes.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad».

En estas normas se hallan disposiciones que ya hemos visto anteriormente: la necesidad de leyes preexistentes que determinen los casos de pérdida de la libertad y el Hábeas Corpus.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene la norma más desarrollada. Dice:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7.-

1.- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2.- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3.- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4.- Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5.- Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

[...]».

La Convención aporta como temas nuevos en el contexto de los tratados que hemos visto, la necesidad de informar las razones de la detención y de notificar los cargos formulados. En nuestra Constitución, la primera parte de este derecho se halla en el inciso 14 del artículo 139, pero la segunda es un derecho adicional aportado por la Convención.

Ya nos hemos encontrado varias veces con el concepto de que a nadie se puede privar de su libertad *arbitrariamente*. Sobre este concepto dice O'Donnell:

> [...] basándose en la definición del término 'arbitrariamente' sentada en el 12 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité ha adoptado la siguiente definición: la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad (216).

Y en relación a las opiniones de la Comisión Interamericana, añade lo siguiente:

---

(216) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 125.

La doctrina de la Comisión Interamericana sostiene que en el contexto de la libertad personal, el calificativo «arbitraria» es sinónimo de «irregular, abusivo, contrario a derecho». La Comisión ha condenado como arbitraria la detención administrativa de personas que ya han cumplido la pena o cuya libertad ha sido ordenada por un tribunal judicial, con base en leyes de seguridad nacional, así como la imposición de nuevas medidas privativas de libertad, en razón de la peligrosidad, a personas a punto de cumplir la pena impuesta por la comisión de un delito.

La Comisión ha criticado no sólo la aplicación de la ley en forma arbitraria sino también las llamadas «leyes en blanco», que tipifican delitos en términos tan nebulosos, subjetivos o imprecisos que hacen imposible prever objetivamente la conducta que la ley está destinada a sancionar (217).

Puede verse que el concepto de detención *arbitraria* tiene connotaciones tanto de ilegalidad (contrario al Derecho positivo) como de ilegitimidad (contrario a principios y al sistema jurídico entendido de una manera más global y superior, no sólo como Derecho positivo). Este último sentido puede extraerse claramente de los tres conceptos con que la califica la Comisión Interamericana: irregular, abusiva, contraria a Derecho.

Faúndez se pronuncia precisamente en este sentido:

[...] debe observarse que, más que la detención 'ilegal', lo que se desea evitar es la detención 'arbitraria'. Sin duda que la exigencia de la 'legalidad' de una detención o prisión puede ser una primera garantía en contra de la arbitrariedad, pero el hecho que nadie pueda ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley no significa que la medida de la 'arbitrariedad' de tal acto deriva, única y necesariamente, de su conformidad con la ley o de la violación de la misma; la ley es una herramienta más, que puede servir para reducir las privaciones arbitrarias de la libertad,

---

(217) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 126.

pero ella no garantiza el que ciertas detenciones, practicadas de acuerdo a la ley, no puedan ser igualmente arbitrarias. En tal sentido, se ha expresado que «el término 'arbitrario' no es sinónimo de ilegal y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria. [...] la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b) conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad (218).

En concreto, son formas de detención arbitraria:

- La recurrencia a motivos o procedimientos que no sean los establecidos por el Derecho positivo.
- La recurrencia a una ley incompatible con el respeto a la libertad y a la seguridad.
- La detención administrativa en base a leyes de seguridad, de quienes fueron liberados por un tribunal competente.
- El volver a poner medidas privativas de la libertad a quién está a punto de cumplir una pena.
- Los tipos delictivos *en blanco*, es decir, que pueden ser manipulados para incorporar en ellos a muchas conductas, merced a que están elaborados con muy poca precisión.

Todos estos elementos de juicio son aportes que debemos añadir desde el Derecho Internacional a nuestro Derecho interno de protección a la libertad personal y que, dado el caso, podremos defender mediante las garantías constitucionales establecidas.

Francisco Eguiguren por su parte, luego de hacer un análisis detallado de la normatividad sobre libertad personal en la Constitución de 1979, consideraba que la detención arbitraria contraria al texto positivo

---

(218) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El derecho a la libertad y seguridad personal.* VARIOS AUTORES. *Lecturas Constitucionales Andinas 1.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 158.

de la Carta se producía en los casos que mencionamos a continuación y que, en nuestro entender, se aplican perfectamente a la Constitución de 1993:

> De modo que, de acuerdo con la Constitución, resultarían detenciones arbitrarias:
>
> a) Las realizadas por las autoridades policiales por causas distintas al cumplimiento de una orden judicial o a la captura efectuada en flagrante delito.
>
> b) Las efectuadas por la policía que, pese a motivarse en órdenes judiciales o situaciones de flagrante delito, se extiendan por un plazo mayor de 24 horas, sin que el detenido sea puesto a disposición del Juzgado correspondiente.
>
> c) Las ordenadas por autoridades o funcionarios distintos a los jueces y las practicadas por personas particulares o por autoridades o funcionarios públicos distintos a la Policía (219).

Desde luego, en el inciso b) Eguiguren supone que estamos en el caso de la norma general porque si se tratara de las excepciones que el mismo dispositivo constitucional señala, el plazo se extiende a quince días (220).

---

(219) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *La libertad individual y su protección judicial mediante la acción de Hábeas Corpus.* En Quiroga Leon, Aníbal (Compilador). *Sobre la Jurisdicción Constitucional.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 286.

(220) En relación a este tema del plazo de detención, Eguiguren da cuenta de un problema bastante serio que ocurrió durante la vigencia de la constitución de 1979: "El propio artículo 2°-20-g) de la Constitución del 79, al regular la detención, disponía en su segundo párrafo que: «...Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales...».
Fue en la aplicación de dicha norma que se suscitó un importante problema de interpretación constitucional y práctica, donde el punto medular a

El resumen anterior sobre los casos de detención arbitraria que encontramos en los documentos internacionales, y esta apreciación por demás correcta de Eguiguren, completan el cuadro de lo que en el sistema constitucional vigente del Perú, puede considerarse detención arbitraria y, por tanto, atacable mediante las garantías constitucionales establecidas.

---

esclarecer era si la «excepción» para los casos de terrorismo o narcotráficos se limitaba únicamente al término de la detención (hasta 24 horas para detenciones ordinarias y hasta 15 días para los casos especiales de terrorismo o nacotráfico); o si, adicionalmente, suponía también la posibilidad constitucional de efectuar -en dichos casos especiales- detenciones sin necesidad de que medie mandato judicial o flagrante delito.

Si nos atenemos al texto literal de la norma constitucional, podrían esgrimirse buenos argumentos desde ambas opciones. Así, de un lado, hay quienes sostienen que cuando la norma habla de «detención preventiva de los presuntos implicados» la referencia a lo «preventivo» supone una acción anterior a la comisión de un delito y, por tanto, distinta a la exigencia del flagrante delito; a su vez, la alusión a «presuntos implicados» tampoco sería aplicable al caso de flagrancia, pues en éste el detenido está claramente sindicado como implicado. Por ello, se postula que en los casos de terrorismo o narcotráfico no se requiere que medie flagrante delito para que la detención sea válida.

Pero, de otro lado, cabe también sostener que el principio básico en materia de restricciones a la libertad personal está contenido en el primer párrafo del art. 2°-20-g), por lo que sólo serían admisibles las detenciones (incluso en casos de alegación de terrorismo o narcotráfico) practicadas mediando mandato judicial o flagrante delito; la excepción se referiría únicamente al plazo especial y más extenso de hasta 15 días. Que en el artículo se hable de «detención preventiva», se explica por tratarse de una detención policial previa al eventual inicio de un proceso judicial penal (para asegurar su realización); y la referencia a «presuntos implicados» supone el resguardo al principio de presunción de inocencia. Por ello, la excepción del segundo párrafo de la norma se limitaría exclusivamente al término o plazo de duración de la detención, pero no a los supuestos habitantes para efectuarla válidamente.

Considero que esta última es la interpretación más rigurosa y ajustada a la norma constitucional y su espíritu. Sin embargo, éste no ha sido el criterio que primó tanto en la actuación de las autoridades policiales como en las resoluciones judiciales donde se discutió el tema, asumiéndose como tendecia claramente dominante en los casos de terrorismo o tráfico ilícito de drogas, admitir como válidas las detenciones efectuadas por motivos de

Chirinos Soto, por su parte, discrepa de la manera como está estructurada la Constitución en esta parte. Sostiene que es vulnerada en los hechos con frecuencia porque las restricciones que tiene la Policía para actuar son grandes; también indica que como constituyente propuso una modificación que no prosperó:

> Por lo demás, se dice, en el mismo apartado, que el detenido debe ser puesto a disposición del Juez dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Se entiende así que la detención administrativa y policial puede extenderse hasta veinticuatro horas.
>
> Como excepción, para presuntos terroristas, espías o narcotraficantes, la detención puede prolongarse hasta por quince días naturales. Pero el arresto debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público y del Juez. Este último puede asumir jurisdicción, y ordenar automáticamente la comparecencia del detenido antes de vencerse el término de quince días.
>
> Propuse, en vano, que la detención policial pudiera prolongarse setenta y dos horas, como en la Constitución Española. El plazo de veinticuatro horas resulta muy estrecho. Obliga a la policía a trabajar a marchas forzadas o a esconder al detenido (221).

Y luego añade:

---

sospecha o con fines investigatorios, es decir, sin necesidad de que medie flagrante delito" (EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Libertad personal, detención arbitraria y hábeas Corpus: las novedades en la Constitución de 1993.* En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 20). Como el mismo Eguiguren constata en este trabajo, en la Constitución de 1993 se ha corregido la redacción de esta parte y queda claro que no hay nuevas causales de detención sino sólo variación del plazo de veinticuatro horas a quince días.

(221) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993.* Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 38.

Actualmente, se violenta el texto constitucional porque la policía, autoridad encargada del orden público, efectúa detenciones fuera de la hipótesis del flagrante delito. Así, queda expuesta la Constitución, por la naturaleza de las cosas, a ser violada implacablemente.

Sostengo que, en el conflicto entre los hechos y los textos, que caracteriza nuestra historia, debemos ser más flexibles en los textos para que los hechos no nos den el mentís. En concreto, propongo repetir, en su primera parte, el artículo 56 de la Constitución de 1933 (222).

En la medida que el artículo 56 de la Constitución de 1933 no tiene sino un párrafo, suponemos que la propuesta de Chirinos Soto es repetir sólo la primera mitad de dicho artículo, con el máximo de setentidós horas antes señalado para poner al detenido a disposición del juez. La norma de 1933 en la parte que indica Chirinos decía: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público excepto en flagrante delito [...]".

En nuestro criterio, lo razonable no es ni la norma que existe actualmente, que en muchos casos es cierto que ata la labor investigativa de la Policía, ni tampoco una disposición como la de la Constitución de 1933 con el añadido de las setentidós horas de Chirinos Soto que permitiría muchos abusos. Creemos que la solución correcta está en lo que manda la Constitución en su artículo 159 inciso 4: que el Ministerio Público sea el que conduzca la investigación criminal. Desgraciadamente, al momento de escribir estas páginas ya son varias las veces que se pospone la entrada en vigencia del Código Procesal Penal que contiene las normas que hacen viable esta manera de conducir las cosas.

También en relación al plazo de veinticuatro horas, se ha tomado una especie de común entendimiento que es un período a entera disposición de las autoridades policiales: mientras la detención preventiva no

---

(222) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993.* Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 40.

haya llegado a ese término, es perfectamente legal. En realidad, se trata de una corruptela que perjudica la libertad por la siguiente razón: lo que vale es el derecho de ser libre físicamente y la excepción es la detención por causa razonable (que se investigará para saber si finalmente procede o no). Esto en caso alguno quiere decir que la policía sea dueña de las primeras veinticuatro horas de la libertad de cualquier ciudadano. En nuestro criterio, eso es una desnaturalización de la defensa constitucional de este derecho y, si se demuestra que no hubo razón válida para proceder a la detención, se podría encauzar el problema hacia una denuncia penal por abuso de autoridad (particularmente, el artículo 376 del Código Penal). Francisco Eguiguren ha comentado el tema y, aún cuando su escrito data de antes de la Constitución vigente, es perfectamente congruente con sus normas y con las costumbres existentes:

> Es de lamentar que las autoridades judiciales, al conocer de casos donde se han cuestionado estas detenciones arbitrarias, hayan optado mayoritariamente por el inconveniente criterio de admitir como válida cualquier detención policial —sin interesarse por evaluar la causa que la motive— a condición de que ésta no exceda de 24 horas. Este comportamiento, sin duda impropio del papel protector de los derechos de la persona y de la Constitución que debe corresponder a la judicatura, ha contribuido a la continuidad de esta inadecuada conducta policial, así como a convalidar detenciones carentes de la necesaria racionalidad que debe exigirse para justificar la privación de la libertad.
>
> La vigencia prolongada del estado de emergencia en diversas zonas del país, ha favorecido estas conductas antidemocráticas, colocando a la población —especialmente a los más pobres— en una situación constante de amenaza a su libertad e integridad personal. Los excesos en materia de detenciones se han hecho así muy frecuentes y la pasividad judicial más notoria (223).

---

(223) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente.* Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 49.

Según el texto del dispositivo que comentamos, al plazo de veinticuatro horas habrá que añadir el *término de la distancia*. Esta expresión denota al tiempo que se estima tarda llevar al detenido desde el lugar donde fue aprehendido hasta el juzgado competente. No es lo mismo detener a una persona en un barrio y trasladarla a otro barrio de la misma ciudad, que prender a una persona en un paraje desolado y llevarla a un lugar que quede a largo tiempo de camino. En este último caso, a las veinticuatro horas habrá que sumar lo que demora hacer el trayecto. Los términos de la distancia son aprobados por el Poder Judicial (ver el artículo 82 inciso 7 de la Ley Orgánica).

La Constitución exige para que la detención sea válida, o bien mandamiento escrito y motivado del juez, o bien decisión de la autoridad policial en caso de flagrante delito. Veamos uno por uno estos requisitos alternativos.

El mandato judicial deberá ser emitido por juez competente en ejercicio de sus funciones y cumpliendo las garantías del debido proceso. Son especialmente aplicables a este caso los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución. Provistos estos puntos de partida, el asunto no presenta complicaciones.

Distinto es el tema del *flagrante delito*: ¿cuándo se presenta esta situación? La teoría dice que mientras se está produciendo la comisión de la acción delictiva y hasta que el delincuente desaparece del lugar de los hechos, salvo que huyendo sea perseguido inmediatamente, caso en el cual la flagrancia permanece hasta que se lo pierde de vista. En síntesis, *delito flagrante* es una continuidad de hecho que va desde el inicio de la acción delictiva, hasta que el delincuente se separa materialmente de la escena del crimen y, eventualmente, de la inminencia de su captura si fuera perseguido.

La determinación del momento final de la condición de delito flagrante puede ser problemática en algunos casos pero, conceptualmente, es clara y generalmente también es clara en la realidad. No ocurre lo mismo con la determinación del momento en que se inicia la acción delictiva. Dice Jiménez de Asúa:

> El delito recorre un camino que tiene su partida en un proce-

so interno. De aquí el estudio de dos fases: interna y externa. Ordinariamente, el hombre delibera y luego ejecuta. Sin embargo, a veces, el sujeto, sin entrar en la fase de realización, produce una manifestación intermedia: excita a la rebelión, hace la apología del crimen, etc. En esta fase intermedia estudiamos el delito putativo, porque se trata de una ideación. Por último, en la fase externa, incluimos primero los actos preparatorios; luego, la tentativa y la frustración (224).

Pasa luego a manejar el concepto de *iter criminis* que está estrechamente vinculado al párrafo que acabamos de citar:

> El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa.
>
> La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente.
>
> La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación.
>
> En puridad, no existen más que estas dos fases; pero, estudiándolas concienzudamente, interfieren entre ellas, como ya dijimos, otras dos intermedias: la resolución manifestada y el delito putativo. En la primera no existe todavía la fase externa, porque no se trata de actos materiales; más que de acción es expresiva de resolución (proposición, conspiración, provocación). Tampoco en los casos de delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, porque el delito sólo lo es en la mente del autor. Uno de

---

(224) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976. Parte III, Cap. XXXIX, p. 458.

ellos, el más importante, es el caso conocido en doctrina como «error al revés». (225).

Villavicencio, sin contradecir a Jiménez de Asúa, da una subclasificación más específica del *iter criminis*:

> Entendemos al iter criminis como las etapas del delito. Las más caracterizadas son la ideación, los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento. De ellas, las que más le interesan al derecho penal son la tentativa y la consumación (226).

Podemos ver de estas consideraciones teóricas, que la determinación del momento inicial del delito flagrante se halla entre la ideación, los actos preparatorios y la tentativa. Sobre estos dos aspectos conceptuales dice Jiménez de Asúa:

> Fase interna.- a) Ideación, deliberación, resolución.- Surge primero lo que los escolásticos llamaban la tentación. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Este puede rechazarla o no. En el primer caso, la idea puede volver. El sujeto ya delibera. Piensa el pro y el contra. De esta deliberación puede salir de nuevo rechazada la idea. Pero puede determinar una resolución criminal que, aun no manifestada exteriormente, es capaz de sufrir dos procesos. Uno, quedar anulada en el agente. Otro, salir de él; por ejemplo: proponer a otro el robo, provocar, incitar, conspirar [...] Con esto ha quedado agotado el proceso interno y entra en los actos externos (227).

Felipe Villavicencio, por su parte, indica lo siguiente:

---

(225) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976. Parte III, Cap. XXXIX, p. 459.

(226) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990. Parte III, cap. II, p. 164.

(227) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976. Parte III, Cap. XXXIX, pp. 459-460.

Ideación

Se presenta en el mundo interno del agente. Es un proceso interno en que el autor se fija un fin, a partir del cual elabora un plan de acción eligiendo los medios para alcanzarlo. El delito nace en la mente del sujeto, en ella se puede observar deliberación de la idea delictiva que de acuerdo a las características del delito se pretende realizar, la que puede ser más o menos breve o incluso faltar. Esto es importante para los efectos de determinar la premeditación que puede ser una circunstancia de agravación genérica o una agravante específica.

Esta etapa concluye con la resolución de realizar el acto delictivo. No siempre la resolución del autor se encuentra antes de la preparación. La ejecución puede prepararse sin haberse tomado la resolución final de cometerlo.

Ejemplo: quien tiene la idea de matar a un enemigo, compra un arma ilícitamente, pero aún no se decide. En este caso no hay responsabilidad penal (228).

Los actos preparatorios son definidos así por Villavicencio:

Actos Preparatorios

Es la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone. Estos comportamientos, preceden a la ejecución típica del delito.

Ejemplo: El sujeto que pretende asaltar y compra pimienta para arrojarla (C/P) al rostro de la víctima del asalto, no está todavía ejerciendo violencia sobre la persona para calificarlo de robo (artículo 239 del Código Penal). Es pues, una conducta impune.

---

(228) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal.* Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990. Parte III, Cap. II, p. 164.

La regla general es que los actos preparatorios son atípicos, por ende, impunes.

En algunos casos, el legislador decide no respetar esta regla, de manera excepcional, pues considera que tales acciones preparatorias se dirigen inequívocamente al delito cuya preparación constituyen y cuando la lucha eficaz contra ciertas formas de criminalidad requiera una rápida intervención.

Podemos ver que tampoco en los actos preparatorios se ha iniciado la actividad propiamente delictiva, aunque aparecen indicios externos de la posible intención. Finalmente, nos dice sobre la tentativa:

Los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta la consumación son actos de tentativa. Se trata de la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan.

A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible.

[...]

Esta es una etapa superior en el desarrollo del delito pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por estos. En realidad, la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación.

Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o accidentales.

La delimitación entre los actos de tentativa y los actos preparatorios y la propia consumación puede ser problemática (229).

---

(229) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Lecciones de Derecho Penal.* Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1990. Parte III, cap. II, pp. 166-167.

Luego de esta revisión conceptual indispensable por los pequeños matices que los penalistas ponen al estudio de estas etapas, queda muy claro que el delito flagrante está presente cuando se está en lo que Villavicencio llama *comienzo de la ejecución*. Hay que notar que él mismo indica que muchas veces la diferencia entre los actos preparatorios y el comienzo de la ejecución es borroso, por lo que no será extraño que ciertos actos que para unos son preparatorios y no parte de la tentativa, para otros ya sean tentativa y, en consecuencia parte del momento en que el delito es flagrante.

En síntesis, podemos decir en torno a este punto que la doctrina penal considera que el delito flagrante se inicia cuando comienza la ejecución material del delito y que hay allí una frontera algo borrosa entre este comienzo propiamente dicho y los actos preparatorios. La casuística tendrá que aportar decisivamente en esta materia. Por otro lado, el delito flagrante concluye cuando el delincuente ha concluido el delito, que así ha quedado consumado, o ha resultado imposible o ha sido reducido a tentativa y, dado el caso, se ha alejado del lugar de comisión sin ser perseguido. También concluye la situación de delito flagrante cuando, siendo el delincuente perseguido, se le pierde el rastro inmediato de dicha persecución.

No podemos dejar de mencionar que durante los años más difíciles de la actividad subversiva en el Perú, y particularmente a raíz del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Perú sufrió reveses serios en la protección de la libertad personal. Ambos ha recorrido los aspectos principales de esta historia reciente y conviene transcribir sus comentarios:

> El Art. 4 de la ley 24651 del 20-3-87 permitía la detención provisional de autores o partícipes sospechosos de terrorismo hasta 15 días hábiles con noticia al Ministerio Público o juez competente dentro de 24 horas. Mientras que la información al Fiscal podía ser realizada según la ley 24700 del 22-6-87 también por parientes o por organizaciones de derechos humanos (Art,2), según la ley 25031 del 2-6-89 (Art.2), esto es ahora atribución sólo de la policía. A diferencia de esto, continúa siendo ordenada la presencia del Ministerio Público para la «defensa de la legalidad» y en «respeto por los derechos humanos» (Idem). Al mismo tiempo se posi-

bilita, sin embargo, la incomunicación hasta 10 días (ídem). La liberación de prisión condicional queda excluida (Art. 5 ley 24651).

En el curso del «autogolpe» del Presidente Fujimori del 5 de abril de 1992, el 6-5-92 fue dictado un nuevo decreto para combatir el terrorismo, el cual también contiene normas acerca de la detención provisional. Según el Art. 12 c. del decreto mencionado, la policía puede proceder a la detención de los «presuntos implicados» hasta 15 días hábiles, debiendo ser informado -tal como con la anterior situación legal- dentro de 24 horas el fiscal o el juez competente. Conforme el Art. 12 d. se posibilita una «incomunicación absoluta» de los detenidos por el máximo de ley, cuando las circunstancias lo requieran «[...] para el mejor esclarecimiento de los hechos». Además, el 27 de setiembre de 1992, Fujimori dictó un decreto según el cual el plazo de la detención preventiva en el caso de «traición a la patria» es decir, «terrorismo»- se extiende a 30 días. Así, estos inculpados pasarán más tiempo en la estación policial que en el proceso judicial, siendo un procedimiento sumario según el Código de Justicia Militar (230).

Es importante, a continuación, revisar algunos fallos jurisprudenciales sobre la libertad individual que nos parecen trascendentes por su contenido. El primero de ellos aparece reseñado y comentado por Diego García-Sayán en su obra *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia:*

El ciudadano Salvador Monzón Aedo interpuso en junio de 1987 acción de Hábeas Corpus ante el 21 Juzgado de Instrucción de Lima en favor de su hijo, Wilder Teodosio Monzón Gonzales, contra la División de Delitos contra la Vida el Cuerpo y la Salud de la Policía de Investigaciones del Perú (PIP) por detención arbitraria. De acuerdo a lo expuesto en la acción, el ciudadano Monzón Gonzales fue detenido como sospechoso de delito de lesiones

---

(230) AMBOS, Kai. *La detención preventiva en Colombia, Perú y Bolivia. Con especial consideración de la legislación en materia de terrorismo y drogas.* En Boletín. Comisión Andina de Juristas, N° 39. Lima, Comisión Andina de Juristas, diciembre de 1993, p. 28.

seguidas de muerte. Para la detención –producida el 10 de junio– no existió mandato judicial; tampoco se trataba de un caso de flagrante delito ya que los hechos que se le imputaban habían ocurrido 40 días antes, el 1 de mayo.

El razonamiento que siguió el Juez para resolver se basó en dos pilares bastante consistentes. Por un lado, en lo dispuesto en el artículo 2 Num. g) de la Constitución, referido a la libertad individual. De otro lado, en una aplicación expresa del principio de la razonabilidad.

En lo que se refiere a la norma constitucional citada, el Juez se ciñe a su texto: «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito...». De las constataciones efectuadas fluía que no existió tal mandato judicial y que, por añadidura, no se estaba ante un caso de flagrante delito. En este caso, además, no se trataba de un delito de terrorismo, espionaje o tráfico de drogas. En lo que a estas consideraciones respecta, pues, la detención practicada en perjuicio de Monzón Gonzales resultaba arbitraria.

Quedaba por dilucidar, empero, el asunto más importante: Lima se encontraba en Estado de Emergencia y estaba suspendido el derecho establecido en el artículo 2 Num. 20 g) de la Constitución. En este aspecto es destacable la forma en que discurre el Juez del 21 Juzgado al resolver. Primero, hace mención a cuál era el motivo de tal declaratoria de Estado de Emergencia (actos de violencia terrorista en Lima y Callao). Segundo, indica con independencia y claridad que:

[...] están al margen del Régimen de Excepción los demás delitos comunes, respecto de los cuales permanecen inalterables los derechos y garantías constitucionales [...]» (subrayado nuestro).

Sobre esa base se afirma en la Resolución –luego confirmada por la Corte Superior de Lima– la importancia del «contralor judicial parcial» en los Estados de Excepción, entendido éste como la facultad jurisdiccional de examinar la razonabilidad de una medida o medidas concretas adoptadas por la autoridad dentro del marco

de dicho estado excepcional. Si bien se podría argumentar que la declaración misma del Estado de Excepción no podría ser, en principio, justiciable (ya que de acuerdo a la Constitución esa es una atribución del Poder Ejecutivo), queda claro que al menos puede y debe verificarse la conexión entre la medida concreta adoptada y la situación que originó el Estado de Emergencia. Vale decir, el examen de razonabilidad. A decir del propio magistrado, resultaba evidente la desconexión entre los hechos que motivaron dicho Estado de Emergencia y un delito de «[...] lesiones graves preterintencionales como consecuencia de una gresca callejera (231).

Francisco Eguiguren presenta una resolución ya emitida durante la vigencia de la Constitución de 1993 y que aborda, correctamente, el problema de las causales de detención en el literal que ahora comentamos del texto constitucional:

> [...] Es necesario dejar establecido que la Constitución Política del Estado aún vigente y la recientemente aprobada sólo admiten dos formas de detención: cuando existe mandamiento escrito y motivado del juez y por las autoridades policiales en «flagrante delito»; esto es que la policía sólo puede privar de la libertad a una persona ante la comisión de un delito flagrante o de comisión inmediata, no siendo factible por tanto una tercera forma de detención para la investigación de un delito que no tenga ese carácter del flagrante; que, de otro lado, la disposición normativa de la Ley Orgánica de la Policía Nacional, así como cualquier otra que contravenga la disposición constitucional antes referida, resulta anticonstitucional y por lo tanto no puede ser invocada como argumento de defensa de la policía para justificar sus acciones, dado que son normas de inferior jerarquía» (*El Peruano*, jueves 5 de mayo de 1994, p. 1752) (232).

---

(231) GARCIA-SAYAN, Diego. *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia.* Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1988, p. 50.

(232) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Libertad personal, detención arbitraria y Hábeas Corpus: las novedades en la Constitución de 1993. La Constitu-*

Y este criterio se ratifica en una segunda resolución posterior, también mostrada por Eguiguren:

> ... Para su detención no se ha dado ninguno de los supuestos señalados en el artículo segundo, inciso veinticuatro, letra «f» de la Constitución Política, ya que no existe ninguna orden de juez competente, ni la Policía le ha encontrado en flagrante delito, en este caso por el tráfico ilícito de drogas, en ninguna de sus modalidades; pues el solo hecho de habérsele encontrado en la oficina de uno de los supuestos dueños de la ingente cantidad de droga incautada, no puede suponérsele a priori, vinculado a este hecho, tanto más si ha explicado el motivo por el que se encontraba en esa oficina, como es el de estar trabajando como chofer para dicho personaje...» (*El Peruano*, martes 12 de diciembre de 1995, pp. 2075-2076)" (233).

Por nuestra parte, hemos identificado algunas resoluciones que también vale la pena transcribir y comentar brevemente pues tienen principios aplicables a varios de los problemas que hemos tratado en las páginas anteriores.

La primera es la siguiente:

[...] que Luis Julca Torres fue detenido el dieciocho de octubre último y puesto a disposición del Fiscal Provincial el día veinte del mismo mes, es decir después de más de veinticuatro horas; que el motivo de la detención fue distinto al motivo por el cual se ha declarado la Provincia de Lima en estado de emergencia; que por lo tanto ha existido detención arbitraria [...]". (Resolución del décimo tribunal correccional de Lima del 7 de noviembre de 1988 en el Hábeas Corpus seguido por Luis Julca Torres contra el Comandante PIP Jefe de la División de Homicidios).

---

ción de 1993. Análisis y comentarios II. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 27.

(233) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Libertad personal, detención arbitraria y Hábeas Corpus: las novedades en la Constitución de 1993.* En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 28.

En este caso hay dos cosas a destacar: la primera, que se considera detención arbitraria el exceso del plazo de veinticuatro horas establecido en la Constitución y, por consiguiente, se ampara el Hábeas Corpus. Esto es positivo y adecuado. La segunda consiste en que el tribunal correccional, con criterio demasiado pegado a consideraciones positivas, descarta la posibilidad de que se detenga más de veinticuatro horas lícitamente porque "[...] el motivo de la detención fue distinto al motivo por el cual se ha declarado en la Provincia de Lima en estado de emergencia". A contrario, este argumento consiste en que si el motivo declarado fuera el que corresponde a dicho régimen de excepción, entonces el juzgador podría no hacer examen de razonabilidad y proporcionalidad. En esto último estamos en desacuerdo por no hacerse matices indispensables. Con la Constitución de 1993 estas aclaraciones deberían haberse hecho de todas maneras por el mandato expreso que sobre el tema tiene la parte final del artículo 200 de la Constitución.

Otra resolución importante es la siguiente:

"Luis Enrique Mederos Domínguez, fue intervenido por la Policía de Investigaciones y detenido para «esclarecimientos de robo», cuando transitaba por el Kilómetro seis y medio de la Avenida Túpac Amaru, a las dieciocho horas del veintidós de abril último, incautándosele un revólver y cuatro cartuchos y verificándose que tiene antecedentes, por delitos contra el patrimonio y contra la vida, el cuerpo y la salud, no obstante lo cual ni los Sub-Oficiales PIP Idelfonso Martínez Baca y Luis Beraún Alva, ni el Mayor PIP Pedro Malache Montoya; así como tampoco el Teniente Coronel PIP Víctor Paz Lagos, cumplieron con formular el correspondiente atestado y poner a disposición de la respectiva autoridad judicial a dicho detenido en el término de veinticuatro horas, determinado en el acápite g) del inciso veinte del artículo segundo de la Constitución del Estado; que precisamente tal incumplimiento configura la violación constitucional que da lugar a la acción de Hábeas Corpus, sin que pueda admitirse excusa alguna, como la de que el detenido resultaba requisitoriado, porque justamente ello habría justificado su más pronta puesta a disposición del Juez correspondiente, ni aun la de estar involucrado en una investigación por supuesto delito de terrorismo, porque ni fue aprehendido por esa causa ni se le imputó jamás tal figura delictiva, pues cuando el Juez Instructor estableció la detención irregular, recién se alegó esa imputación, en un esfuerzo por prolongarla; que en todo caso,

como la Policía de Investigaciones constituye una sola unidad funcional, aunque para su mejor operatividad se encuentra dividida en diferentes secciones especializadas, no puede pretender que cada una de ellas cuente con un plazo propio, por lo que no puede de ninguna manera sustraerse del cumplimiento y del respeto a la garantía fundamental que protege la acotada norma constitucional [...]". (Resolución del décimo tercer tribunal correccional de Lima, del 11 de mayo de 1983, en el Hábeas Corpus seguido por Luis Mederos Domínguez contra el mayor PIP Pedro Malache Montoya y otros).

Los aspectos más importantes de esta resolución son dos:

- El primero, que no se puede admitir que cada repartición de la Policía tenga su propio plazo para detener a las personas sin ponerlas a disposición del juez. El plazo de detención prejudicial es un perjuicio a la libertad de la persona pero no un derecho para la fuerza pública. Por ello no puede siquiera pretenderse la acumulación de plazos en distintas reparticiones.

- El segundo, que no puede el juez resolver solamente en base al dicho de la fuerza pública. En este caso el asunto es clarísimo porque sólo cuando se demuestra que había detención indebida recién la Policía invoca como razón de la detención el delito de terrorismo. En otras palabras, la administración de justicia debe siempre ameritar la razón de la detención en función de las circunstancias y no sólo por el dicho de la autoridad.

Finalmente, también es importante en nuestro criterio esta resolución:

El 13 de agosto de 1995 Martín Felipe Castro Talavera interpone acción de Hábeas Corpus en favor de Mario Tito Zorrilla Uribe y Patricia Rubio Portocarrero, contra el teniente PNP Wilson Gálvez Arrascue y otro. Los agraviados se encuentran detenidos desde el 11 de agosto y al momento de la interposición de la acción de garantía no han sido puestos aún a disposición de la autoridad judicial.

El Juez se constituyó en la delegación de la DIROVE entrevistándose con el Teniente PNP Wilson Aurelio Gálvez Arrascue, " [...] quien

refirió que los detenidos fueron denunciados ante la citada delegación por la comisión de delito contra el patrimonio en la modalidad de apropiación ilícita por don Luis Miguel Seminario Eléspuri; que a mérito de la referida denuncia se procede a intervenirlos el once de agosto trasladándolos a la delegación del Miraflores, contando con la presencia del representante del Ministerio Público en las diligencias que se practicaron y en el levantamiento del Acta de Registro Personal y Domiciliario; preguntado por la razón de la detención sin habérseles encontrado en flagrante delito, ni contado con una orden judicial, afirmó que ésta se debió a una investigación preliminar llevada a cabo los días ocho, nueve y diez, dentro de la cual se establece que eran persona difíciles de ubicar y se presumía su responsabilidad".

Al resolver, el Tribunal Constitucional toma en cuenta los siguientes fundamentos:

"Que el literal f) inciso veinticuatro, del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, establece que nadie puede ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por orden policial en situaciones de flagrante delito, debiendo ser puesto el detenido a disposición del Juzgado dentro de las veinticuatro horas, o en el término de la distancia, aún en el supuesto que la detención se debiera a mandato judicial o flagrante delito.

Que en el caso de autos don Mario Tito Zorrilla Uribe y doña Patricia Rubio Portocarrero, fueron detenidos contraviniéndose el precepto constitucional anteriormente mencionado; el hecho de haberse ordenado su libertad en mérito al recurso de Hábeas Corpus, por la Jueza del Trigésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, no altera la situación jurídica de los accionantes que fueron detenidos sin respetarse lo establecido en la Ley número veintitrés mil quinientos seis, Ley de Hábeas Corpus y Amparo." Falló confirmando la sentencia de primera instancia que declaraba fundada la acción. (Sentencia del Tribunal Constitucional del siete de agosto de 1996 en el Hábeas Corpus interpuesto a favor de don Mario Tito Zorrilla Uribe y doña Patricia Rubio Portocarrero, en contra del teniente PNP Wilson Gálvez Arrascue y otro).

Esta sentencia aporta dos asuntos importantes, uno de fondo y el otro de procedimiento:

- El de fondo consiste en que la Constitución debe ser entendida como autorizando la detención por orden judicial o en flagrante delito. En una circunstancia como ésta, en la que la policía encuentra a dos personas denunciadas pero no en flagrante delito, ni tampoco con orden judicial, no puede detenerlas .

- El de procedimiento consiste en que la demanda se considera fundada o infundada a la fecha de interposición, no a la de sentencia.

Los dos asuntos son en nuestro entender correctos.

Finalmente, en un interesante trabajo comparativo que arroja luces sobre la manera de tratar la libertad personal en América Latina y Europa, Faúndez plantea varios casos que la legislación europea aporta y pueden resultar interesantes de debatir entre nosotros, ya que como vimos en la parte referente a los instrumentos internacionales, es posible interpretar que la garantía de libertad personal afecta no sólo a las detenciones policiales o de autoridad, sino también a otros tipos de confinamientos de personas, inclusive cuando son llevados a cabo por personas privadas. Dice Faúndez:

> De acuerdo con la Convención Europea, la privación de libertad es legítima en el caso del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad infecciosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano, o de un vagabundo. Sin perjuicio de que, efectivamente, en todos los casos señalados la privación de libertad aparezca, en principio, como razonable, debe observarse, sin embargo, que cada una de estas categorías de personas plantea problemas diferentes (234).

En general, la preocupación predominante es que en cada caso, y con las peculiaridades diferenciales consiguientes, sólo se autorizará aquellas restricciones a la libertad que sean indispensables para poner

---

(234) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El derecho a la libertad y seguridad personal.* VARIOS AUTORES. *Lecturas Constitucionales Andinas 1.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 174.

control a la amenaza que cada uno de estos grupos (y dentro de ellos cada persona), presenta a la sociedad. Así, no será igual el caso del que porta una enfermedad contagiosa que el de un alcohólico y, en esta última situación, tampoco serán iguales el que presenta un espectáculo lamentable que el que sufre de diablos azules.

Particularmente interesante, y conveniente de transcribir por consiguiente, es el comentario sobre el grupo de los vagabundos:

> Vagabundos.– Respecto de los vagabundos, vuelve a repetirse el argumento de su peligrosidad social como justificación para la restricción de la libertad personal. Si bien su internamiento puede ser legítimo, es indispensable contar con suficientes garantías que impidan su utilización en forma arbitraria o con propósitos políticos; en este sentido, resulta lamentable que ninguno de los instrumentos internacionales de derechos humanos proporcione una definición precisa de lo que debe entenderse por 'vagabundo', dejando esta materia a la legislación de cada Estado. En lo que constituye uno de los casos más notables sobre esta materia, la Corte Europea de Derechos Humanos aceptó como compatible con la Convención Europea la definición de vagabundo utilizada por la legislación belga, entendiendo por tales a quienes carecen de residencia fija y no tienen medios de subsistencia ni una profesión u oficio regular.

En opinión de Francis Jacobs, esta categoría plantea interrogantes fundamentales en torno a la naturaleza de la sociedad y las relaciones entre el individuo y el Estado. En este sentido, él se pregunta si, en una sociedad industrial y en el marco de un Estado de bienestar social, una persona tiene derecho a vivir como un vagabundo o como un hippie. En el evento de que la persona carezca de medios de sustento, Jacobs pregunta si esto es razón suficiente para encerrarla y detenerla por un período indefinido, aunque no haya cometido ningún delito" (235).

---

(235) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El derecho a la libertad y seguridad personal.* VARIOS AUTORES. *Lecturas Constitucionales Andinas 1.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 176.

Indudablemente, si en países como el Perú se va a permitir el internamiento de los vagabundos, habrá que dar una cuidadosa definición de ellos y de las condiciones en que podrá ser restringida su libertad. Una definición tan amplia como la que se utiliza en Bélgica puede ser muy complicada de aplicar en un país con alto índice de pobreza y una considerable mayoría de la población económicamente activa empleada en actividades informales.

35. Artículo 2 inciso 24 literal g.

> *«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*
>
> *[...]*
>
> *24. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia*
>
> *[..]*
>
> *g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.*
>
> *[...]».*

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 traía el siguiente texto en referencia al tema que tratamos:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

i) Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y en la forma y el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada a señalar sin dilación el lugar donde se halla la persona detenida, bajo responsabilidad [...]".

El derecho concedido es el mismo en ambas Constituciones pero la de 1993 añade una norma importante inexistente en la de 1979: el lugar donde se halla la persona detenida tiene que ser dicho por escrito. Es una mayor seguridad para la persona interesada en buscar a quien ha desaparecido, y es un riesgo mayor para el miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que incumpla la norma o mienta por escrito. Consideramos positivo el añadido por estas razones.

Análisis exegético

La incomunicación es una medida excepcional que se toma dentro de la etapa de investigación de algún hecho delictivo, con la finalidad de lograr, que ni el sospechoso o inculpado ni sus posibles cómplices o coautores, también presos o aún libres, se enteren cada uno de las versiones de los otros. De esta manera es más difícil para ellos elaborar coartadas coherentes y hacer desaparecer pruebas.

La incomunicación debe ser una medida excepcional y de corta duración pues afecta a muchos y puede llegar a hacerlo muy seriamente. O'Donnell nos dice del criterio que la Comisión Interamericana ha expresado sobre este tema:

> La Comisión Interamericana ha expresado lo siguiente a este respecto:
>
> «La prolongada incomunicación es una medida no contemplada como pena por la ley y por lo tanto nada justifica su frecuente aplicación, que no sólo afecta seriamente el estado mental de las personas detenidas, sino que importa además proyectar el castigo contra los miembros de sus familias, quienes no reciben ninguna

clase de explicaciones y no saben la situación del detenido-incomunicado» (236).

La opción por la restricción de la incomunicación que muestra esta opinión debe ser tomada como precedente para casos similares que deban resolverse en el Perú. Este es en consecuencia un derecho de rango constitucional, siguiendo la metodología que hemos fundamentado antes y, por tanto, consideramos que las garantías constitucionales existentes pueden ser utilizadas para protegerlo.

En la Constitución, la incomunicación está referida a lo que mande la ley. En este sentido, el Código de Procedimientos Penales aún vigente contempla en su artículo 133 la siguiente norma:

"Código de Procedimientos Penales, artículo 133.- El juez instructor, cuando fuere indispensable para los fines investigatorios, mantendrá en incomunicación al inculpado aun después de prestada la instructiva, sin que pueda prolongarse esa medida por más de diez días.

La incomunicación no impide las conferencias entre el inculpado y su defensor, en presencia del juez instructor, quien podrá denegarlas si las juzga inconvenientes.

El juez instructor dará aviso de la incomunicación al Tribunal Correccional y expresará las razones que haya tenido para ordenarla".

Como puede verse, el Código sólo autoriza a establecer incomunicación al juez instructor, por el plazo dado y dentro de la instructiva. Al propio tiempo, permite que la incomunicación llegue a establecerse, inclusive, del abogado. En este último punto, sin embargo, consideramos que el Código ha quedado invalidado pues el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, al establecer el derecho de defensa dice que "(Toda persona) tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por

---

(236) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 86.

cualquier autoridad". Norma igual, por una obvia equivocación, tiene el inciso 15 del mismo artículo (en las ediciones oficiales publican las dos disposiciones repetidas).

Parece evidente que de acuerdo a la Constitución, las personas tienen siempre el derecho de comunicarse con sus abogados y, por tanto, la medida del juez impidiendo tal comunicación sería inconstitucional y podría ser atacada mediante las garantías constitucionales.

O'Donnell nos trae información sobre opinión del Comité de Derechos Humanos, precisamente, en el sentido que hemos defendido arriba:

> El Comentario General 13 del Comité de Derechos Humanos, antes citado, establece lo siguiente sobre la libertad del abogado en actuación a favor de sus clientes:
>
> «Además, este inciso (el párrafo 3(b) del artículo 14) exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte» (237).

Consideramos, como en el caso anterior, que este comentario del Comité puede argüirse como antecedente de validez dentro del Perú y que, también puede ser defendido mediante las garantías constitucionales internas cuando fuere necesario.

El nuevo Código Procesal Penal, aún sin entrar en vigor a pesar de haber sido aprobado hace varios años, hace un tratamiento que nos parece muy razonable sobre el tema de la incomunicación. Dice:

"Código Procesal Penal, artículo 140.- La incomunicación del imputado con mandato de detención procede si es indispensable para el es-

---

(237) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 178.

clarecimiento de un delito grave. No podrá exceder de diez días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el defendido, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas. La resolución que la ordena será motivada y puesta en conocimiento de la Sala, la que si la considera injustificada puede revocarla de oficio o a petición del imputado".

"Código Procesal Penal, artículo 141.- El incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión. Recibirá sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada"

"Código Procesal Penal, artículo 142.- Vencido el término de la incomunicación señalada en la resolución, cesará automáticamente".

Esta regimentación cubre los diversos aspectos problemáticos que tiene la institución en cuanto a la seguridad del incomunicado y, a la vez, permite aislarlo durante el período en que pueda ser importante que no tenga relación con terceros. Lamentablemente el Código Procesal Penal no ha entrado en vigencia al escribirse estas páginas y, previsiblemente, ello demorará aún bastante más.

En todo caso, lo que es evidente es que sólo la autoridad jurisdiccional puede incomunicar a una persona. Por consiguiente cuando lo hace cualquier otro funcionario del Estado, caben protegerse recurriendo a las acciones de garantía establecidas.

La parte final del artículo obliga a la autoridad a dar el lugar donde se halla la persona detenida. Esta disposición que como sabemos ya existía en nuestro constitucionalismo primigenio, es un instrumento importante para garantizar la seguridad de las personas porque así sus familiares podrán estar al tanto de su evolución y del trato que reciben: es más difícil que se maltrate a un detenido si se sabe dónde está recluido. La notificación de este lugar de detención debe ser hecha por escrito. Es la mejor forma de garantizar una prueba de que la persona estuvo detenida en un lugar específico.

La autoridad está obligada a dar la información correcta bajo responsabilidad, dice la Constitución. Esto es positivo no sólo para que la autoridad efectivamente cumpla con su deber, sino también porque obli-

gará a tener actualizados permanentemente los registros de detenidos. Esto tiene la ventaja de evitar que una persona se halle en el centro de reclusión pero no figure como ingresado, cosa que suele ocurrir en cierto tipo de persecución política o social.

Enrique Bernales, correctamente, ve aquí un esfuerzo por controlar las desapariciones:

> La norma puede entenderse también como una precaución al riesgo de un detenido de convertirse en un «desaparecido», situación que desgraciadamente se verificó en diversas ocasiones durante la década de los ochenta y primeros años de la década de los noventa, en el contexto de la violencia armada que afectó al Perú. Debe precisarse, en este extremo, que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado el 18 de diciembre de 1992 la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, instrumento particularmente importante para el análisis de este punto (238).

La información podrá ser solicitada por los familiares de la persona detenida. Se considera aquí de todas maneras al cónyuge, a los parientes en línea recta, y a los de línea colateral hasta el segundo grado de afinidad y cuarto de consanguinidad. Sin embargo, en un asunto de la trascendencia de éste, bien podría también interpretarse que son familia *los que viven bajo un mismo techo* para así incorporar a otros parientes y a los allegados, que pueden tener un enorme interés en quien ha sido detenido porque comparten la misma casa, aunque no sean parientes en el sentido estricto del término.

Por los peligros que conlleva una detención con incomunicación, esta figura tiene posible vinculación en casos concretos con otros derechos: la salud y la vida, el derecho de defensa y el derecho al bienestar.

---

(238) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 151.

36. Artículo 2 inciso 24 literal h

«Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

[...]

Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La prueba de tormento y otras igualmente cuestionables desde el punto de vista del tema que establece el dispositivo que tratamos, fueron textualmente prohibidas en la Constitución de 1834:

"Constitución de 1834, artículo 154.- En ningún caso puede imponerse la pena de confiscación de bienes, ni otra alguna que sea cruel. No se puede usar la prueba de tormento ni imponer pena de infamia trascendental".

La Constitución de 1856 se ocupó de las penas corporales. Dijo:

"Constitución de 1856, artículo 6.-

[...]

Por este artículo no se menoscaba la jurisdicción sobre materia eclesiástica, que corresponde a los tribunales designados por las leyes canónicas; ni se autoriza para proceder a la detención ni a la ejecución de

pena corporal contra personas eclesiásticas, sino conforme a los cánones".

La Constitución de 1920 innovó la expresión de la normatividad que venimos comentando y le dio una versión moderna:

"Constitución de 1920, artículo 26.- No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los jueces que las leyes establezcan".

Finalmente, la Constitución de 1933, en la parte pertinente, dijo lo siguiente:

"Constitución de 1933, artículo 57.-

[...]

Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia.

No puede imponerse la pena de confiscación de bienes".

Antecedentes en la Constitución de 1979

Tres artículos de la Constitución de 1979 son antecedentes del que comentamos:

"*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:*

[...]

20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

[...]

Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor. Quien la emplea incurre en responsabilidad penal [...]".

"*Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:*

[...]

12. La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas.

[...]".

"*Artículo 234.- Nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al Juez que ordene de inmediato el examen médico de la persona privada de su libertad, si cree que ésta es víctima de maltratos.*

El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal".

La primera norma transcrita, el literal j) del inciso 20) del artículo 2 de la Constitución de 1979 es antecedente de la parte final del literal que comentamos. La única variación consiste en que mientras la Constitución de 1979 exigía responsabilidad penal a quien emplea violencia para obtener declaraciones, la de 1993 se limita a señalar que existe responsabilidad. Sin embargo, en ambos casos habría responsabilidad tanto penal como administrativa y civil pues todas ellas son complementarias en un delito como el que se comete cuando simplemente se ejerce violencia contra la libertad, o se producen lesiones, o tal vez muerte. El inciso 12 del artículo 233 de la Constitución de 1979 repetía con fraseo distinto la norma que ya estaba en el dispositivo citado al principio de este párrafo, lo que no era una buena técnica legislativa. Basta al respecto con lo que dice la Constitución de 1993.

El artículo 234 es el antecedente de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o humillantes. Es asimismo antecedente de la posibilidad de pedir examen médico de quien se sospecha puede ser víctima de dicho maltrato. A pesar que la redacción es distinta, lo esencial es igual en ambas Constituciones.

Podemos por tanto decir que todos los elementos del literal h) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución de 1993 tienen antecedente hasta en tres normas de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El problema de la violencia contra detenidos, que incluye tortura, ha sido denunciado por la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. En un informe publicado el año 1994 dijo:

> Resulta un motivo de profunda preocupación la existencia de una gran cantidad de denuncias, provenientes tanto de organizaciones no gubernamentales, como de organismos o comisiones internacionales, que dan cuenta de una extendida práctica de tortura en la investigación de hechos terroristas y de impunidad para los autores de aquella práctica (239).

En otro informe publicado el año 1995 se dice sobre este tema:

> La tortura y el maltrato se infligen a los detenidos generalmente en la fase de investigación prejudicial. El objetivo es obtener información, autoinculpación del investigado y delaciones; indirectamente, también se busca castigar e intimidar o inhibir al grupo social al que pertenece la víctima.
>
> Las pautas de discriminación socioeconómica también cuentan en el momento de aplicar maltratos al detenido. La mayoría de víctimas proviene de los sectores más pobres del país: campesinos, jóvenes de zonas periféricas de las ciudades y sospechosos de haber cometido delitos comunes. Dentro de la práctica de la tortura, con gran frecuencia se viola a las mujeres detenidas, como puede observarse en el caso que presentamos a continuación (240).

---

(239) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Tortura en el Perú. Informe sobre la situación de la tortura en el Perú y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Enero de 1993 a setiembre de 1994.* Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 135.

(240) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995.* Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 40.

Y es posible que el fenómeno esté decreciendo conforme la violencia terrorista disminuye en el país. Sin embargo, el problema se viene sufriendo desde hace varios años. En un trabajo conjunto de Francisco Eguiguren, Walter Albán y Samuel Abad, se decía en 1990:

> La situación [...] se agrava sustantivamente por un fenómeno que constituye práctica generalizada en el Perú, ejercida por la policía. Nos referimos a la tortura o el sometimiento del detenido a tratos crueles con la finalidad de obtener una más pronta y «eficiente» labor de investigación; [...] en la generalidad de los casos, el atestado policial incriminatorio concluye con el señalamiento de responsabilidad del detenido, a partir de su propia confesión o autoinculpación, y ello guarda vinculación directa con el problema de la tortura como el mecanismo más eficaz para obtener tal resultado.
>
> [...]
>
> En recientes seminarios realizados por el Ministerio de Justicia para la alta oficialidad de las instituciones policiales (comandantes y coroneles de las distintas fuerzas), en los que se abordó centralmente el tema de «La función policial y los derechos humanos», recogimos el testimonio directo de oficiales de la Policía de Investigaciones que asumían como incompatible una eficiente labor policial con el respeto por los derechos fundamentales, específicamente el derecho de los detenidos. No dejaba de sorprender la naturalidad con que afirmaban la necesidad de recurrir a la tortura como mecanismo de «probada eficiencia» en la investigación del delito y la sanción de los responsables (241).

En las páginas inmediatamente siguientes de este mismo trabajo se aportan datos estadísticos de encuestas que hablan del problema de tortura y, también, se presentan resoluciones jurisdiccionales en las que se constataron las agresiones por las que se reclamaba.

---

(241) EGUIGUREN, Francisco, ALBAN, Walter y ABAD, Samuel. *Violencia estructural en el Perú: Derecho.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, pp. 103-104.

En síntesis, podemos ver que en el Perú existió y, según los datos disponibles, aún existen el maltrato físico y la tortura. También, como en toda sociedad racista y la nuestra es una de ellas, hay un cierto sesgo de este tipo en el ejercicio de la violencia, perjudicando más a los estratos de menor condición socioeconómica. Se añaden así dos efectos nocivos: el de la violencia en sí misma y el de la discriminación. Son dos derechos violentados y no sólo uno.

Por estas razones, el tema de la violencia física y de la tortura tiene relevancia en el país y merece un tratamiento detallado. En adición a la norma del literal h. del inciso 24 del artículo 2 que ahora comentamos, existe en los instrumentos internacionales un gran interés por establecer compromisos e idear formas que controlen el problema de la violencia y de la tortura. Como en los derechos anteriores, también aquí consideramos que las normas que emergen de dichos instrumentos son derechos de rango constitucional exigibles en el Perú por las vías jurisdiccionales pertinentes. Esta consideración añade a su importancia teórica, la dimensión de la praxis.

36.1 La violencia moral, psíquica o física

Aquí el término violencia está entendido en sentido directo e inmediato de presión moral, psíquica o física sobre el sujeto para causarle daño en cualquiera de estas dimensiones. La Constitución detalla las posibles especies de violencia para incorporar a todas y no sólo a la física, que es la que más comúnmente se toma como violencia en el entendimiento general:

- Violencia física puede ser equiparada a violencia ilegítima contra el cuerpo. Tiene una connotación material tanto en el ejercicio de la presión como en los resultados: produce heridas, daños en los tejidos, fracturas, pérdida de funciones orgánicas, etc. Es la agresión física común ilegítima. El elemento de ilegitimidad es muy importante porque si no fuera tomado en cuenta, en cierto sentido podría decirse que una amputación que parece conveniente en las circunstancias, también constituiría violencia física.

- La violencia psíquica está orientada a alterar con daño el equilibrio

de las funciones psíquicas del individuo. Es maltrato psíquico el hacerlo perder la noción del tiempo o del espacio, el drogarlo para que no pueda ejercitar su voluntad, el hipnotizarlo para lograr de él conductas que lo agravien, impedir su descanso corporal, etc. El maltrato psíquico puede no dejar trazas orgánicas visibles (de hecho alterará la química y física del organismo pero ello no será perceptible a exámenes orgánicos usuales), pero sí producirá alteraciones perniciosas para la persona, tanto de corto como de largo plazo.

- La violencia moral afecta la dimensión más elevada del ser humano, aquella que le pertenece en exclusividad dentro de la realidad y tiene que ver con sus convicciones de todo tipo (religiosas, intelectuales, sociales), con sus valores, su honor, su reputación, etc. El daño que produce la violencia moral no se traduce ni en alteraciones orgánicas ni, necesariamente, en alteraciones psíquicas (aunque, normalmente, podrá ir asociado a ciertos fenómenos como la depresión o la actitud tanática) pero destruye internamente, de alguna manera la identidad, el ser mismo del sujeto, de manera que le obstruye su capacidad de realización, cuando no de autoidentificación misma.

Este tipo de violencias están estrechamente vinculadas con el derecho a la integridad física, psíquica y moral, con el derecho a la identidad y al libre desarrollo considerados en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución. Obviamente, también pueden estar vinculados a la agresión a la vida misma, pero este es ya el caso extremo que equivale a la muerte por mano ajena.

La violencia ha sido tratada con especial detalle en los instrumentos internacionales vinculados al niño y a la mujer. La Convención sobre los derechos del niño trae tres normas al respecto:

"Convención sobre los derechos del niño, artículo 19.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres,

de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo [...]».

Hay que notar que la preocupación de la Convención no está orientada a situaciones de desamparo sino, precisamente, a los casos en los que, al menos formalmente, tiene protección. Y es que la cantidad de abusos que se cometen, aún en los propios hogares, es verdaderamente alarmante y ocurren en todos los países del mundo, no sólo en cierta parte de ellos.

La Convención hace hincapié en la responsabilidad directa del Estado, no sólo de la sociedad civil, y habla de diversas formas de violencia que incluyen no sólo los actos dolosos sino también las formas de negligencia que, para efectos del daño al niño, son en la práctica tan importantes como las primeras.

"Convención sobre los derechos del niño, artículo 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales [...]».

Este dispositivo está ya orientado a la protección de los niños al margen de su situación de protección aparente o abandono. Los considera a todos y pone especial énfasis en las formas de explotación y abuso sexual, precisamente por su gran frecuencia. La explotación sexual aquí quiere decir el aprovechamiento económico de dicha actividad de los menores y el abuso sexual es la violación sufrida por los niños.

"Convención sobre los derechos del niño, artículo 39.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño».

Este artículo contiene el compromiso de los Estados Partes y el Perú es uno de ellos, para corregir a posteriori los daños que los niños sufran por la violencia que se ejercite contra ellos y que está reseñada en

el texto. Hay que rescatar que en consideración de la Convención, la recuperación y reintegración social contiene diversos elementos que son la salud (más ligada a lo físico y psicológico), el respeto a sí mismo y la dignidad, que tienen un contenido esencialmente espiritual.

Los derechos así establecidos en esta Convención, son de exigencia obligatoria en el Perú y constituyen un añadido y especificación importante en relación al tono general que tiene la redacción del apartado de la Constitución que ahora comentamos. Para los niños, todos estos derechos están incluidos en la parte de la Constitución que ordena que nadie sea víctima de violencia en cualquiera de sus formas.

La Convención de Belem do Pará también hace un tratamiento extenso de la violencia, esta vez para el caso de la mujer:

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 1.- Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado».

El concepto de violencia que esgrime este artículo hace una especificación que diferencia el daño físico o psicológico del sexual que, evidentemente, no es exclusivamente ni uno ni otro. El agravio sexual a la mujer por parte del varón, en sus distintas manifestaciones, es una de las formas de violencia de género más comunes y por ello se incide, correctamente, en él.

Parece ser que la Convención de Belem do Pará incorporara la violencia moral a la que nuestra Constitución se refiere, en el daño psicológico, lo que si bien no es totalmente correcto, puede ser aceptado como una forma de organización de las ideas. De todas maneras, siempre será posible hacer una síntesis de esta norma de la Convención con el artículo de nuestra Constitución y, de esa forma, enriquecer la protección a la mujer contra la violencia, estableciendo que también se halla prohibida la violencia moral de género que, por lo demás, tiene una existencia evidente por sí misma.

La violencia de que habla este artículo de la Convención está defi-

nida porque causa daño o sufrimiento. El rasgo característico de la violencia no es tanto ejercicio de una presión sobre la persona sino, como ya hemos dicho varias veces, una presión que causa precisamente un daño. El daño que prevé la Convención puede ser de diversa naturaleza como su texto indica.

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 2.- Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;

b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y

c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra».

Este artículo pretende establecer los diversos ámbitos de la vida social en los que puede producirse el fenómeno de violencia contra la mujer y, el primero de ellos, es el de la familia, unidad doméstica u otro tipo de relación interpersonal. La Convención pone énfasis, con ello, en que una de las fuentes de violencia de género es la que se produce en las relaciones íntimas de la mujer.

Utilizando el método de trabajo de historias de vida con cuatro dirigentes de Villa El Salvador, Margarita Giesecke hace el siguiente relato que caracteriza esta situación en variadas expresiones de violencia:

> La violencia familiar existe en los cuatro hogares pero de diferentes formas. Para las dos mujeres fue especialmente grave el recuerdo del sufrimiento de sus madres en el hogar. Para Yoni

Rodríguez, la crisis de la separación de sus padres y la angustia de la madre fueron hechos que lo marcaron. Para Mercedes Zapata el hecho violento inolvidable de la infancia fueron los castigos físicos que el padre daba a la madre y a sus hermanos. Los recuerdos de su madre sufrida, siempre lamentando su pobreza, motivaron a María Elena Moyano, a la larga, en su labor como dirigenta. En realidad, ambas dirigentas actúan fuertemente influenciadas por el antagonismo contra el machismo (abandono o prepotencia). (242)

Puede verse que la violencia sexual no es ni con mucho, el factor único o siquiera predominante de la violencia contra la mujer en el hogar: el abandono, la pobreza y necesidad simultánea de atender a las necesidades de los hijos, el castigo físico, son formas de violencia que, en realidad, se fundan en actos de los varones que conviven en dichas casas, o que las abandonaron, pero reflejan también una especie de tolerancia social, que es precisamente lo que se denomina cultura machista. Ella tiene una influencia decisiva en el hogar y tiene un efecto aún peor: los hijos se educan en dichos patrones de conducta y, cuando grandes, los reproducen con lo que también los aprenderá la tercera generación. La violencia contra la mujer en el hogar, es un factor poderosísimo de reproducción de la violencia:

> El problema del machismo [...] se traduce en fenómenos de menosprecio por la mujer (salvo la madre, cosa por lo demás bastante inconsistente desde el punto de vista de lo razonable), de abandono y de violencia física y psíquica sobre la cónyuge y los hijos.
>
> Debe ser enfrentado como una aproximación creativa hacia el logro de condiciones de paz a través de la disminución de la violencia familiar, de la postergación de la mujer, del desarrollo cabal de las individuali-dades y, desde luego, de la mayor vigencia de los

---

(242) GIESECKE, Margarita, CHECA, Carmen y GIESECKE, Alberto. *Violencia estructural en el Perú: historias de vida.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, p. 110.

derechos de la persona en varias dimensiones, incluida la de los propios hijos (243).

No se trata solamente de sancionar la violencia familiar o de otras relaciones personales para con la mujer, sino además de superarla para que el proceso de socialización de los niños y niñas transcurra lo más libre posible de la influencia nociva, y reproductora, de su ejemplo.

El segundo párrafo del artículo se refiere a la violencia que ocurre contra la mujer en la sociedad: desde la violación y la tortura que son probablemente las formas más agresivas, hasta el acoso sexual en las más diversas situaciones.

Estas formas de violencia son conocidas y, en múchos casos, toleradas por la conciencia social predominante. Como en el caso de la familia, aquí también el esfuerzo no es sólo de sancionar sino de transformar la cultura y considerar que la violencia de género es perniciosa por sí misma y debe ser eliminada. Sólo de esta manera se corregirán, y sólo en el mediano plazo, este tipo de conductas.

La violencia del tercer inciso es repudiable por sí misma: el Estado y sus funcionarios, que están al servicio de las personas y del bienestar público, deben ser quienes menos violenten a las personas. Esto incluye desde luego a la mujer.

Un aspecto que el Estado debe analizar cuidadosamente y dado el caso corregir, es el de las normas jurídicas que, indirectamente, permitan la violencia contra la mujer en sus diversas relaciones en la sociedad. Establecer la igualdad de sexos en todo el sistema jurídico es un imperativo que exige la propia Constitución en su artículo 2 inciso 2 y que si bien existe en la teoría, en la realidad aún es escabullido por muchos detalles de interpretación y elusiones de aplicación. En multitud de ocasiones, la legislación colabora a que ello suceda con imprecisiones o, aún, rezagos

---

(243) CARREAZO, Rudecindo. *Marco teórico y conclusiones de la investigación sobre violencia estructural.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, p. 128.

del pasado, cuando la diferencia entre sexos era reconocida formalmente, sobre todo en las relaciones matrimoniales (el marido las dirigía) y en la vida política (la mujer carecía de derechos políticos).

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 6.- El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación».

El derecho a la no discriminación es uno de los pilares de la igualdad de trato a los sexos y ha sido ya extensamente abordado por nosotros al tratar el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

El tema de la educación de la mujer, como acabamos de ver, es muy importante para que su postergación se reproduzca o no. De hecho, tanto en los medios formales como informales de la educación, es preciso establecer condiciones de socialización que permitan a la mujer autovalorarse y conocer exactamente su lugar de igualdad. Sin embargo, de igual importancia es la socialización de los varones en una cultura distinta a la del machismo. Una parte sin la otra no hará sino alargar el problema y, en ciertos casos, agudizar la violencia.

Las propuestas de acción que la Convención de Belem do Para establece, se centran en la responsabilidad de los Estados de asumir tareas de prevención, control y sanción eficiente de la violencia contra la mujer en todos los ámbitos en que se produce. Dos artículos que se explican por sí mismos las contienen:

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 7.- Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención».

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 8.- Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

a) fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;

b) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer;

c) fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo está la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

d) suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;

e) fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
f) ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;

g) alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;

h) garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y

j) promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia».

Y, finalmente, la Convención hace un llamado, totalmente pertinente en nuestro criterio, para enfrentar con equidad, aquellas situaciones en las cuales la violencia contra la mujer se atiza o, en todo caso, es amplificada en sus efectos:

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 9.- Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad».

Todos éstos, son deberes que el Estado peruano ha asumido como parte de esta Convención y que es imperativo que cumpla en la medida de sus posibilidades. Muchas de estas cosas no requieren fundamentalmente dinero, sino decisión. Es de esperar que el Ministerio de la Mujer, en conjunción con otras instituciones del Estado, pueda cumplir adecuadamente todas y cada una de estas tareas para lograr, en el mediano plazo, que la violencia contra la mujer sea rápidamente superada en el Perú.

36.2. La tortura

La tortura ha recibido definición en los instrumentos internacionales que le han sido dedicados. La Convención contra la tortura dice:

"Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 1.-

1.- A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de

obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas [...]».

Por su parte, la Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura, trae una definición algo distinta:

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 2.- Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo».

De estos dos textos podemos extraer los siguientes elementos para el concepto de tortura:

- La tortura consiste en un acto intencional mediante el cual se producen dolores o sufrimientos (penas dice la convención americana) graves, físicos o mentales.

- El acto de sufrimiento tiene las siguientes finalidades:

  De obtener de la persona agraviada o de un tercero información o

una confesión (convención contra la tortura); «con fines de investigación criminal» dice la Convención americana. En sustancia ambas expresiones parecen querer decir lo mismo.

- De castigo (las dos).
- Como medio intimidatorio (las dos).
- como medida preventiva (Convención Americana).
- Como medio de coacción (Convención contra la tortura).
- Como pena (Convención Americana)

- La Convención contra la tortura sólo reconoce la tortura cuando es cometida por las autoridades, o por terceros con su consentimiento o aquiescencia. La Convención Americana no menciona el tema y, por tanto, hay que concluir que no limita la tortura a la que se origina directa o indirectamente en el Estado.

- La Convención Americana añade que es también tortura la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad o a disminuir su capacidad física o mental aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

- La Convención contra la tortura excluye "[...] los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas [...]». La Convención Americana es más explícita. Dice: "No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo».

En la medida que el Perú es signatario de los dos instrumentos, nosotros no encontramos problema alguno en que la tortura, para efectos internos, integre las dos aproximaciones y construya la visión más comprehensiva de ella, que será desde luego la mejor manera de proteger los derechos de las personas.

Ya entrando al concepto más detallado, a los casos concretos. Dice O'Donnell que la Corte Europea de Derechos Humanos, ha adoptado un criterio más restrictivo que la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre aspectos importantes de la tortura:

El artículo 1(2) de la Declaración contra la tortura afirma que «la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante», elemento que no fue reiterado en la Convención de 1985. Esta disposición fue clave en la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Irlanda c. Reino Unido, en la cual aquel órgano estimó que ciertas prácticas empleadas por las autoridades británicas en la lucha contra el terrorismo en Irlanda del Norte, no constituían tortura. Las llamadas «cinco técnicas de privación sensorial o de desorientación», que incluían la privación de sueño, de alimentación y de líquidos, el mantener al preso permanentemente encapuchado y expuesto a un ruido fuerte, y obligado a permanecer en posturas difíciles durante largos períodos, habían sido calificadas de tortura por la Comisión Europea de Derechos Humanos (244).

En cambio, la Comisión Interamericana ha mostrado una actitud mucho más abierta frente a la protección de los derechos, haciendo una larga y comprehensiva lista de actos que constituyen tortura:

En una ocasión, la Comisión Interamericana publicó la siguiente lista de prácticas, calificando todas de tortura:

«plantones al sol en el día y al sereno en la noche»; «ahogamientos y sumergimientos en agua»; «aplicación del 'submarino'»; «venda en los ojos hasta por doce, diecisiete y veinte días»; «vendado y amarrado por cuarenta y siete días en cimitarra»; «sometimiento a golpes en diversas partes del cuerpo con palos y patadas»; «impedimento para dormir hasta por ocho días y falta de reposo»; «amenazas de muerte al detenido, a la familia y a amigos»; «colgaduras atado de las manos»; «prohibición de agua y alimento hasta por cuatro, siete y ocho días seguidos»; «simulacro de dispararles en la cabeza»; «esposados de las manos»; «tortura de otras personas cerca de la celda para que se escucharan los gritos»; «incomunicación»; «aplicación de energía y choques eléctricos en diferentes partes del cuerpo»; «ejercicios hasta el agotamiento»; «permanen-

(244) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 76.

cia desnudos y de pie»; «provocación de asfixia»; «lavadas»; «caminar de rodillas»; «torturas sicológicas»; «sumergimiento amarrados en un lago»; «quemaduras con cigarrillos»; «sacar al detenido a los allanamientos y utilizarlos como 'chaleco antibalas', esposado y vendado»; «simulacros de fusilamientos mientras estaba colgado de un árbol»; «introducción de armas en la boca»; «rotura de nervios como consecuencia de colgamientos »; «desnudo y sumergido en un río»; «negativa de asistencia médica para embarazo»; «fractura de costillas»; «amarrado, vendado, a veces permanentemente, golpeado con un leño, patadas»; «herida con arma de fuego por la espalda en el sitio de reclusión»; «amenaza de traer a sus familiares para torturarlos en su presencia»; «contemplación de las torturas a otras personas»; «hacerlos creer que otros sindicados por los mismos hechos lo habían señalado como participante»; «pinchazos en varias partes del cuerpo con alfileres»; «interrogatorios continuos y escritos obligados en que decía que había participado en el asalto».

Cabe señalar que esa nómina incluye casi todas las «cinco técnicas» que la Corte Europea no consideró como tortura, además de que una gran parte de las prácticas mencionadas en la lista constituyen tortura psíquica o moral. Podemos afirmar, por lo tanto, que la Comisión Interamericana ha demostrado más sensibilidad a torturas de este tipo que los órganos de otros sistemas (245).

Finalmente, el propio O'Donnell muestra que también pueden ser incorporados al concepto de tortura los maltratos a los alumnos y pacientes:

[...] a juicio del Comité, la prohibición debe abarcar el castigo corporal, inclusive los castigos físicos excesivos como medida pedagógica o disciplinaria [...] Además, en el artículo claramente se protege no sólo a los presos y detenidos, sino también a los alumnos y pacientes de instituciones educativas y médicas (246).

---

(245) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 78.

(246) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 80.

Consideramos pertinente añadir esta forma de tortura a las que deben estar vigentes en el Perú y la base normativa en la que nos apoyamos es la Convención Americana que, como vimos, no exige que la tortura sea producida directa o indirectamente por el Estado. Para ella, las formas privadas también pueden producirla y, tanto más, si asumen forma institucional como dice el texto citado de O'Donnell.

La tortura está proscrita por diversos instrumentos internacionales de los que el Perú es parte. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 5.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también trae norma específica:

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos».

Es importante que se considere como tortura o trato inhumano a los experimentos médicos o científicos, categoría que no ha aparecido en otros textos y que puede ser, en efecto, una fuente subrepticia de estas agresiones.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice lo siguiente:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.-

1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2.- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

[...]".

La Convención de Belem do Para que ha hemos citado a propósito de la violencia, también proscribe la tortura:

"Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem do Para», artículo 4.- Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

[...]

d) el derecho a no ser sometida a torturas;

[...]".

La Convención Americana, también acertadamente, niega la posibilidad de que la tortura sea justificada en circunstancias extraordinarias:

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 5.- No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura».

Las medidas no solamente son declarativas. Los diversos instrumentos que venimos comentando traen también disposiciones concretas que, debidamente utilizadas, conducirán indudablemente a una reducción de la tortura y del maltrato existentes. Las principales disposiciones que pueden ser traducidas en acción son las siguientes:

Que la formación de quienes tienen que manejar los casos de detención e interrogatorio por parte del Estado, incluya educación e infor-

mación sobre la prohibición de la tortura. Tratan este tema la Convención contra la Tortura y la Convención Americana para prevenirla y sancionarla. Sus normas son:

"Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 10.-

1.- Todo Estado Parte velará porque se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2.- Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas».

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 7.- Los Estados Partes tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura.

Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».

Nosotros creemos que se debe ir aún más allá: no solamente es importante la información y educación sobre la prohibición de la tortura. Es necesario que estos profesionales aprendan, desde el primer momento, a ejercer todos los aspectos de su profesión en consonancia con los derechos humanos. Si la formación práctica del investigador tiene como regla que el castigo físico obtiene información, de nada valdrá un curso paralelo sobre la importancia de luchar contra la tortura: al final, hará lo que le enseñaron.

La erradicación de la tortura supone también que el adiestramiento

de quienes pueden llevarla a cabo, esté orientado a terminar con ella. Esta debería ser una medida que tomen los Estados para promover los derechos humanos de manera más efectiva aún y, desde luego, está conectada con lo que se señala en el párrafo siguiente.

También se establece como medida concreta, y estamos totalmente de acuerdo con ella, que los Estados examinen las normas e instrucciones de operación para los interrogatorios y la custodia de los arrestados, de manera que se garantice que en ellos no exista traza de conceptos que puedan conducir a utilizar la violencia o la tortura. Es una disposición complementaria a la que acabamos de ver y debería recibir más atención que la que recibe de los gobiernos porque, en realidad, es parte de la obligación que tiene todo gobernante civil para con el pueblo que lo ha elegido y, además, forma parte esencial del sometimiento que la fuerza pública debe tener al poder constitucional, expresamente establecido en el artículo 169 de nuestra Constitución. Dice la Convención contra la tortura:

"Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 11.- Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura».

También es medida concreta el compromiso de los Estados para investigar pronta e imparcialmente todo caso en el que se suponga hay tortura de por medio. En realidad, el compromiso verdadero de los gobiernos con los derechos humanos esenciales que vulneran estas prácticas, se demuestra por la diligencia que ponen en afrontar los casos que se presentan. La actitud de un gobernante en este terreno marca las pautas de conducta de los aparatos de represión: si hay tolerancia, se tenderá a utilizar más la tortura. Por ello, el cumplimiento de esta norma de la Convención es muy importante:

"Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 12.- Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su juris-

dicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial».

La Convención Americana trae norma de la misma naturaleza, pero es más específica porque es una garantía para las personas que denuncian y, por tanto, ampara directamente a los interesados. Dice:

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 8.- Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado».

Si bien la actitud que tome el gobierno, entendiendo por él al Poder Ejecutivo, será muy importante en estos casos en la medida que la Fuerza Pública depende de él, no es menos importante que cada uno de los órganos involucrados actúe con independencia y rectitud de criterio. Un Poder Judicial rendido ante los abusos, un Congreso que no corrija los defectos de las leyes y que no ejerza su función de velar por el cumplimiento de la Constitución, un Ministerio Público que no investigue, un Defensor del Pueblo que no ejerza su rol de investigación y exhortación, un Tribunal Constitucional que no encuentre inconstitucionalidades donde sí las hay, tienen también un efecto pernicioso incalculable en la falta de protección de derechos que pueda generarse. No hay que olvidar que los instrumentos internacionales que venimos analizando ponen en hombros del *Estado* estas responsabilidades y que el Estado no es solamente el Poder Ejecutivo sino el conjunto de órganos. En la medida que todos ellos funciones eficiente y correctamente, será más difícil que si alguno de ellos quiere salir de los márgenes, lo pueda hacer. De esto se trata el

sistema de pesos y contrapesos de la organización de la separación de poderes.

Entre las normas que permitan operativamente el control de la tortura están dos que se refieren directamente a la obligación del Congreso de legislar coherentemente en el sistema jurídico, para que las leyes garanticen una penalización de la tortura consistente con su significación para los derechos humanos, y también para que la indemnización de las víctimas sea real y no una pura ficción.

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 6.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.

Los Estados Partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyen delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción».

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 9.- Los Estados Partes se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura.

Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente».

También son importantes las disposiciones que exigen la extradición de quienes estén implicados en casos de tortura y deban ser juzgados por ello. La Convención Americana hace una inclusión automática de este delito entre los extraditables, en todos los tratados que sobre la materia hayan firmado. Una de las formas más eficientes de luchar contra el crimen consiste en que el trasponer una frontera no signifique garantía de impunidad. Todo lo contrario: la única manera de eliminar delitos comunes en todo el orbe es, como se demostró en los casos de piratería y

trata de esclavos, realizar una lucha frontal y coordinada por todos los Estados. De ahí la importancia de facilitar la extradición en estos casos. Dicen las normas:

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 11.- Los Estados Partes tomarán las providencias necesarias para conceder la extradición de toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura o condenada por la comisión de ese delito, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales sobre extradición y sus obligaciones internacionales en esta materia».

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 13.- El delito a que se hace referencia en el artículo 2 se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir el delito de tortura como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado podrá, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición, considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de tortura. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente».

Un caso singular sobre tortura en manos de la Policía aparece en la jurisprudencia peruana de esta manera:

"[...] tal como aparece de las actas se constató con el certificado médico, mostrado en este acto, que la persona de Angel Fernando Tineo Romero, el día miércoles cinco de setiembre de mil novecientos ochenticuatro, «no mostraba huellas de lesiones traumáticas recientes», [...] ; que puesto a disposición Angel Tineo Romero, manifestó, que había sido maltratado por personas que no podía identificar porque lo habían vendado, agregando que lo han amenazado de muerte, y que cree que es un Capitán o Teniente que están a su cargo; que revisado por el médico legista de turno doctor Andrés Ortiz Sánchez, indica [...] que Angel Fernando Tineo Romero muestra lesiones, las que aparecen también en el acta de la sumaria investigación realizada, y que requieren un día de atención facultativa por tres días de incapacidad para el trabajo; que requeridos a fin de que expliquen los motivos de las lesiones de Angel Tineo Romero, manifestaron que nadie lo ha tocado, señalándose que este tipo de elementos investigados por esta clase de delitos muchas veces se autolesionan; que en mérito de lo actuado y habiéndose comprobado maltratos y lesiones en la persona de Angel Fernando Tineo Romero, por lo que se ha conculcado el derecho de garantía señalado en la Constitución y que enunciativamente se encuentra en el artículo doce, inciso tercero de la Ley de Hábeas Corpus [...]". (Resolución del Tribunal Correccional de Lima del 3 de octubre de 1984, en el Hábeas Corpus seguido por Josefina Romero Tapia a favor de Angel Tineo Romero, contra la Dircote).

Es interesante en este caso ver cómo se protege la integridad física de la persona aún con la alegación de que las personas a quienes se responsabiliza de terroristas, generalmente se autolesionan. El argumento que según el texto de la resolución ha utilizado la Policía, es evidentemente insustancial.

36.3. El trato inhumano o humillante

Muchas veces, la actitud de violencia no está dirigida a causar los efectos de la tortura, pero igualmente daña a la persona. Estamos ante los tratos inhumanos o humillantes.

Trato inhumano es aquel que da un ser humano a otro y en el que no se cumplen los derechos fundamentales reconocidos: las personas no se tratan cumpliendo entre sí las reglas de juego establecidas.

Son casos de trato inhumano, por ejemplo, aquellos en los que no se cumple con las condiciones mínimas de salud, o también aquellos en los que no se reconoce la identidad de la persona. Los fenómenos son muy distintos entre sí, pero en ninguno se está cumpliendo con el trato que un humano debe a otro. En medio de estos dos, que podríamos llamar extremos, se halla una multitud de otros tratamientos que niegan la humanidad y que quedan proscritos por este dispositivo que comentamos.

Trato humillante tiene que ver con la dignidad espiritual de la persona. La finalidad del trato humillante es quitar valor moral al ser humano con el que uno se relaciona, atentar contra sus principios, hacer sorna de él o utilizarlo sin respetarlo como un igual. Así, por ejemplo, es trato humillante burlarse de los defectos físicos, obligar a alguien a adoptar posturas o actitudes que lo lleven al ridículo; utilizarlo como objeto de mofa, etc.

El trato inhumano o humillante, puede ser dado tanto por personas privadas, como por el propio Estado a través de sus funcionarios y autoridades. Está condenado en cualquiera de las circunstancias pero, evidentemente, cuando se hace por quien tiene responsabilidades públicas, se configurará además una conducta de abuso de autoridad que puede llegar a tener significación penal.

En lo que respecta a los instrumentos internacionales, todos los que hemos citado antes tienen condena expresa a los tratos que llaman *crueles, inhumanos o degradantes* en la terminología del artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La compatibilidad entre esta forma de expresarlo y la que tiene nuestra Constitución es, por lo demás, total. Más allá de las diferentes palabras utilizadas, el significado es normativamente el mismo.

La Constitución Peruana añade a todo esto el derecho de que cualquiera pueda pedir de inmediato el examen médico de quien ha sido agraviado o de quien no puede recurrir por sí mismo a la autoridad. En este caso no se requiere interés directo, personal o familiar para tomar la iniciativa, porque los bienes humanos en juego, y la conducta denigrante que se ha ejecutado, son ambos demasiado significativos para dejar las cosas libradas al exclusivo interés individual. Son problemas colectivos y como tales deben ser afrontados.

Desde luego, el examen médico deberá ser realizado por profesionales cuya independencia en el caso esté garantizada. Ello pertenece a la esencia misma del mandato constitucional. Así, por ejemplo, pretender que ante una presunta tortura cometida por un cuerpo policial, sea el médico de la policía el que certifique si ella existió o no, resta la independencia formal de criterio que se requiere en estas circunstancias. Puede ser que en el caso concreto el médico de que se trate sea una persona honesta y escrupulosa con su deber, pero las reglas deben ser dadas no para los casos en los que las personas actúan como deben, sino precisamente para los otros y, por ello, es bueno que en la interpretación de esta norma se garantice la independencia del profesional encargado del examen. El rol de la jurisprudencia en este aspecto será muy importante.

36.4 La invalidez de las declaraciones obtenidas por la violencia

Consecuencia evidente por sí misma es que si se arranca a alguien una declaración utilizando procedimientos contrarios al Derecho, ella no puede tener las consecuencias jurídicas probatorias que pretendió el agresor. Desde luego, la parte final del texto es también correcta: si la violencia es ilegítima, quien la emplea deberá ser responsable por ella. Esta responsabilidad puede ser administrativa (sanción por utilizarla), civil (indemnización a la víctima) e inclusive penal si se configurara una conducta delictiva (condena a sufrir una pena).

Tanto La Convención Americana como la Convención contra la tortura tienen textos expresos sobre este tema:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.-

[...]

3.- La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

[...]».

"Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 15.- Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resul-

tado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración».

"Convención americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 10.- Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración».

En la última parte de este dispositivo se establece una norma importante: sólo hay un proceso en el que una declaración obtenida por la violencia tiene validez: en el que se juzga al agresor por haber empleado dicha violencia. Es un mandato coherente con las finalidades buscadas: la violencia será prueba para castigar a la violencia, precisamente, porque es ilegítima.

O'Donnell vincula entre sí varias otras figuras que pertenecen al mismo género de ésta:

> Tanto el artículo 14(3) (g) del Pacto Internacional, como el 8(2) (g) de la Convención Americana, reconocen el derecho del inculpado «a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse (o confesarse) culpable». El artículo 8(3) de la Convención agrega que «la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza». Esta garantía está estrechamente vinculada con otras que forma parte de la normativa internacional; entre ellas, la presunción de inocencia, la prohibición de tortura y malos tratos, y el derecho del acusado a recibir asistencia jurídica para la defensa (247).

Como se sabe, todas ellas están recogidas en la Constitución peruana: la presunción de inocencia en el artículo 2 inciso 24 literal e) y el de-

---

(247) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 173.

recho de defensa en el artículo 139 inciso 14, ambos de la Constitución Política.

37. Artículo 3

> ***«Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.»***

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente de la Constitución de 1979 es el siguiente:

"*Artículo 4.- La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*".

Resalta una diferencia notable: la Constitución de 1979 hablaba de la enumeración de los derechos *reconocidos*, en tanto que la de 1993 habla de los derechos *establecidos*. El lenguaje correcto es el de 1979 porque quiere decir que los derechos existen desde antes y que el Derecho positivo constitucional, les da reconocimiento. En cambio la Constitución de 1993 parece decir que establece los derechos, de manera que en primer lugar podría retirarlos y, en segundo, podría no establecerlos.

Sin embargo, eso es inexacto porque a renglón seguido, en el mismo artículo está declarando que no quedan excluidos otros. Es obvio que no se trata de los *no establecidos*, sino de los *no reconocidos*.

Esto que sólo parece buen castellano es una inmensa brecha en la teoría de los derechos humanos y que divide a los que piensan que siempre existieron y que el Derecho sólo se inclina ante ellos (los que *reco-*

nocen) y otros que creen que si ellos no los declaran los derechos humanos no existen (los que *establecen*). El texto de 1993 dice lo uno y lo otro en un mismo párrafo y eso, obviamente es un error. Lo evidente del sentido normativo es que ha querido decir que *reconoce* y no que *establece*. Si no fuera así, no reconocería valor a lo que no se halle en el texto.

Salvo esta diferencia mayor, indudablemente generada por desconocimiento de la discusión teórica, pues si no la contradicción del texto no aparecería como tal, todos los elementos de las dos normas son iguales, con pequeñas modificaciones de redacción, salvo la referencia que la Constitución de 1979 hace a los principios del *Estado social y democrático de derecho* y que en la Constitución de 1993 son mencionados como pertenecientes al *Estado Democrático de Derecho*. Se ha eliminado la referencia al Estado *social* lo que corresponde a la predominancia de un espíritu neoliberal en la Constitución de 1993, merced al cual se ha eliminado toda referencia a elementos de interés social (salvo en el artículo 28 inciso 3) sustituyéndolos en algunos casos por el concepto de *bien común*.

Análisis exegético

Este artículo, que en el debate constitucional fue en algún momento retirado del texto para luego ser devuelto a él, es trascendental para todo el sistema constitucional porque dice que son derechos de rango constitucional:

- Los que se hallan en el artículo 2 de la Constitución.
- Los que se hallen en el resto de la Constitución, esto es, toda norma que de alguna manera reconozca un derecho a las personas. Tal es el caso, principalmente, del artículo 139, pero también de muchos otros, entre ellos los que van del numeral 4 al 42.
- Un tercer grupo está conformado por los que son análogos a los anteriores que, desde luego, no estarán en el texto de la Constitución.
- Finalmente, un cuarto grupo son los que sin estar tampoco en el texto constitucional, 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.

Esto quiere decir que la enumeración hecha en el artículo 2 no excluye como derechos constitucionales a ninguna de las otras tres categorías. Por consiguiente, todos ellos podrán ser reconocidos como derechos plenamente constitucionales y defendidos mediante las garantías constitucionales existentes.

Nótese que el artículo 3, de rango constitucional, *incorpora* al texto a todos los derechos que mereciéndolo por las consideraciones que él mismo hace, no figuran en él. Esto significa que les da rango constitucional.

Ayala comparte esta opinión, citando a su vez a un tercer autor:

> La consecuencia de esta técnica constitucional de cláusulas enunciativas o incluyentes, es que tanto los derechos explícitos en el Texto fundamental, como los derechos implícitos (que sean «inherentes a la persona humana»), adquieren el rango y valor de derechos constitucionales, independientemente de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno. Como lo ha expresado Nikken sobre este particular.
>
> Los derechos humanos reconocidos en tratados en los que participa Venezuela, tienen, en el orden jurídico nacional, el rango de los derechos constitucionales. Esta conclusión es independiente que la posición que pueda adoptarse en relación con la jerarquía de los tratados frente a las leyes internas, pues el rango aludido no dimana de que tales derechos sean objeto de una convención internacional, sino de haber sido reconocidos como inherentes a la persona humana» (248).

Es verdad que en nuestra Constitución el problema del rango de los tratados está también en discusión, sobre todo porque en la de 1979 se decía que los tratados relativos a derechos humanos tienen rango consti-

---

(248) AYALA CORAO, Carlos. *La jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*. En COMBELLAS, Ricardo (coordinador). *El Nuevo Decreto Constitucional Latinoamericano*. Caracas, COPRE y CIEDLA, 1996, Vol. II, p. 760.

tucional y ahora dicha norma ha sido eliminada. En la parte correspondiente a los tratados discutimos este asunto de manera cabal pero nuestra opinión es que dicho silencio no rebaja el nivel de los tratados, sobre todo si, como dice el artículo 57, todo tratado que afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el procedimiento de reforma constitucional, con lo cual se ratifica que alcanza tal rango.

En todo caso, lo que corresponde decir aquí al respecto es que el artículo 3 de la Constitución, sistemáticamente hablando, es un argumento más a favor de la constitucionalidad de los derechos establecidos en los tratados porque, según él, ni siquiera se requiere que dichos tratados hayan sido ratificados por el Estado peruano para que esto ocurra. Si en lo menos los derechos tendrán rango constitucional, es obvio que también lo tendrán en lo más: cuando el tratado haya sido ratificado y forme parte del Derecho interno.

Tampoco puede decirse que reconoce a dichos derechos pero con un rango menor, porque la norma que los incorpora tiene rango constitucional y, a menos que se estableciera expresamente lo contrario, la incorporación vale por el rango de quien dicta la norma respectiva, esto es, el poder constituyente. Es claro también por este lado que existe el rango constitucional.

Es obvio que el constituyente de 1993 no conocía los detalles de la teoría de la vinculación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. Si hubiera querido hacer la vinculación automática, debiera haber mantenido la norma del rango constitucional de los tratados referentes a derechos humanos. Si hubiera querido que para que cada tratado valga internamente sea preciso que fuera ratificado, entonces no debiera haber dejado el artículo 3. En realidad, es un poco difícil saber lo que quiso hacer, pero sí es claro lo que hizo: con este artículo 3 incorporó los derechos humanos reconocidos internacionalmente, en tratados ratificados o no por el Perú, al rango constitucional del Derecho interno. Es lo que dice el texto y es la mejor manera de interpretarlo extensivamente a favor de los derechos. No es posible, por consiguiente, elegir otro significado de acuerdo a los cánones de la interpretación constitucional.

En referencia a cuáles serían los *demás* derechos que provinieran de tratados internacionales no ratificados por el Perú, dice O'Donnell:

Carrillo Salcedo ha sintetizado la doctrina sobre la materia de la forma siguiente: «La exigencia de una aceptación general, efectivamente, no quiere decir unanimidad sino aceptación general por una amplia mayoría de los Estados, representativa de los diferentes sistemas sociales y económicos, es decir, de los distintos grupos de Estados existentes en la sociedad internacional» (249).

De esta manera, es lícito decir que en el Perú se podrá ejercitar como derechos constitucionalmente válidos, aquéllos que tengan aceptación general en el contexto internacional según la regla que da Carrillo.

En la revisión de casos judiciales que hemos hecho, encontramos una resolución de la Corte Suprema dictada aún bajo la Constitución de 1979 que reconoce, precisamente, que el artículo 3 de la Constitución es un marco abierto para "que la jurisprudencia pueda establecer nuevos derechos tutelables por ser inherentes a la persona humana". Dice:

"[...] conforme lo establece el artículo cuarto de la Constitución «la enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que deriven de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»; que dicho artículo constitucional consagra una cláusula abierta a fin de que la jurisprudencia pueda establecer nuevos derechos tutelables por ser inherentes a la persona humana, y que por lo mismo no pueden ser indicados taxativamente [...]" (Resolución de la Corte Suprema del 22 de Julio de 1992, en la acción de amparo interpuesta por la Empresa Editora La Industria de Trujillo S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas).

La resolución, correctamente a nuestro juicio, indica que el artículo cuarto de la Constitución de 1993 es abierto en el sentido que permite reconocer nuevos derechos tutelables y que, por lo tanto, la enumeración constitucional no es taxativa.

Aunque la resolución fue emitida al amparo de la Constitución de 1979, estimamos que es perfectamente aplicable al artículo 3 de la Constitución de 1993 porque las normas de ambas Cartas son iguales respecto de este punto.

Finalmente, es de destacar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene una norma muy parecida a la que comentamos y que refuerza la argumentación que hemos venido dando:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.- Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

[...]».

No es exactamente el mismo texto ni significado que el de nuestra Constitución en su artículo 3, pero el espíritu es el mismo: existen otros derechos que deben ser reconocidos aunque no figuren en el texto porque, volviendo a la aclaración que hacíamos al comentar el antecedente de la Constitución de 1979, las Constituciones (y los tratados internacionales) no *establecen* los derechos sino que los *reconocen* y éstos existen y pueden ser exigidos, se hallen o no en los textos. Es una posición iusnaturalista que recogieron inclusive los franceses en su Declaración de 1789:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 2.- El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993. TOMO I
de Marcial Rubio Correa
Se terminó de imprimir en el mes de febrero de 1999, en los talleres gráficos de Editorial e imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 16521)
General Varela 1577, Lima 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

EDITH ARANDA DIOSES
Del diseño del orden a la imagen trizada (Talara: de ciudad cerrada a ciudad abierta). 1998. 215 p.

PILAR GARCIA-JORDAN (Editora)
Fronteras, colonización y mano de obra en la Amazonía Andina. 1998, 544 p.

GORKI GONZALES MANTILLA
Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú. 1998. 168 p.

TONG GYU HWANG
Posada de nubes y otros poemas. 1998. 136 p.

RENE ORTIZ CABALLERO
Universidad y modernización en el Perú en el siglo XX. (Biblioteca de Derecho Político. Vol. III) 1998. 124 p.

ANTONIO PEÑA JUMPA
Justicia comunal en los Andes. 1998. 350 p.

ORLANDO PLAZA
Desarrollo rural. Enfoques y métodos alternativos. 1998. 418 p.

GUILLERMO PORTOCARRERO
Razones de sangre. 1998. 304 p.

MIRIAM SALAS
Estructura colonial del poder español en el Perú. Huamanga (Ayacucho) a través de sus obrajes, siglos XVI-XVIII. 1998. Tomo I, 612 p., Tomo II, 572 p. Tomo III, Anexos.

MANUEL VICENTE VILLARAN
Lecciones de Derecho Constitucional. 1998. 716 p.

ELENA VIVAR MORALES
La inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú. 1998. 2 t. 684 p.