

## PARTE DOGMÁTICA

### PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS: ALGUNOS PROBLEMAS

I. Indicaciones generales . . . . .	23
II. Fundamentación filosófica de los derechos humanos . . . . .	25
III. La incertidumbre terminológica en torno de los derechos . . . . .	33
IV. Los límites y el contenido esencial de los derechos fundamentales . . . . .	41
V. Un derecho especial: el debido proceso	53
VI. Palabras finales . . . . .	55

## PARTE DOGMÁTICA

### PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS: ALGUNOS PROBLEMAS<sup>1</sup>

#### I. INDICACIONES GENERALES

Tema vivo y de alto significado para el operador intérprete constituyen los derechos humanos y las

<sup>1</sup> El presente texto forma parte del capítulo III del *Modulo de derecho constitucional*, Academia de la Magistratura, Lima, 2001, pp. 22-32. Para su elaboración he contado con el valioso apoyo y sugerencias de los profesores que integran la plana docente de la Academia a saber: Carlos Mesía Ramírez, Edgar Carpio Marcos, Eloy Espinosa Saldaña Barrera, Enrique Pestana Uribe, Ernesto Alvarez Miranda, Jorge Meléndez Sáenz, Juan Morón Urbina, Luis Otárola Peñaranda, Luis Sáenz Dávalos, Mijail Mendoza Escalante, Susana Castañeda Otsu, Iván Sequeiros Vargas, Ricardo Herrea Vásquez, Cristian Guzmán Napurí, Enrique Angulo Paulett, Víctor Ticona Postigo, Magdiel González Ojeda, Luis Manuel Sánchez Fernández, Enrique Mendoza Ramírez, David Dumet Delfín, Carlos Hakansson Nieto, Víctor Rodríguez Buitrón, Fausto Salinas Lovón, Miriam Pinares Silva. Una primera versión se publicó en José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell: *Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos. (Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica)*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001. Con la colaboración de Gerardo Eto Cruz.

diversas acepciones que indistintamente suelen emplearse, conforme aludiremos más adelante. De ahí que los derechos humanos, por mor, materia rica y vasta, cada día van adquiriendo fuerza y solidez, por las mismas exigencias de parte de los individuos frente a las violaciones o amenazas de los detentadores del poder. Así también, toda Constitución posee en su interior determinadas categorías jurídicas o expresiones normativas, caracterizadas por cumplir un rol o función determinada. Las más importantes según lo asume tradicionalmente la doctrina, son tres: *a) los principios; b) los derechos, y c) las garantías*, cuyos alcances y significados desarrollaremos más adelante.

Será la libertad, una especie de péndulo o brújula, la que regule en primera línea a los derechos humanos, en la inteligencia que la libertad significa autorrealización y logro personal. Es más, la libertad se expresa como una esfera sagrada que no permite interferencias y reduce a polvo las concesiones arbitrarias. En tal sentido, se habla de: *a) libertad negativa*, que apunta a la independencia de la interferencia, por ejemplo, la libertad de expresar creencias y *b) libertad positiva*, que equivale al deseo de autogobernarse.

De otro lado, los derechos humanos, en tanto y en cuanto se han ido positivizando y convirtiendo semánticamente en derechos constitucionales o fundamenta-

les, integran la parte dogmática de la Constitución, también denominado *derecho constitucional de la libertad*.

## II. FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo primero que habría que inquirir es:

¿Pueden fundamentarse filosóficamente los derechos humanos?, ¿de dónde proviene su justificación?

Para aclarar el asunto partamos de una constatación certera: los derechos humanos han ido incorporándose paulatinamente a distintas categorías de estudio. Desde nuestra perspectiva de análisis, nos interesa indagar sobre cómo se han juridizado, es decir, de qué manera han ingresado al derecho positivo para adquirir, a través de él, una estructura sistémica.

La acepción ‘derecho’, *per se*, tiene fundamentación filosófica. Ahí están los casos de Helmut Coing autor de *Fundamentos de filosofía del derecho*, y de Miguel Reale, mentor de la *Teoría tridimensional del derecho*“, con su obra *Fundamentos del derecho*. Ambos autores desde diferentes ángulos demuestran que *el* derecho sí puede fundamentarse. Los derechos humanos, entonces, pretenden demostrar su razón o motivo de existencia, como también la fuente de donde nacen.

Es importante resaltar la tesis de Norberto Bobbio, sustentada en 1964 en l’Aquila, donde afirmaba que no era posible ni deseable encontrar un fundamento absoluto de los derechos humanos que sustituyera a los fundamentos anteriores que habían perdido credibilidad. El problema fundamental de los derechos del hombre no consiste tanto en *justificarlos*, cuanto en *protegerlos*: el problema filosófico debe dejar paso al problema político o jurídico-político.<sup>2</sup>

Años más tarde, el maestro de Turín daba por resuelto el problema filosófico de la fundamentación, en su ensayo *Presente y futuro de los derechos del hombre*, sosteniendo lo siguiente:

En efecto, se puede decir que hoy el problema del fundamento de los derechos del hombre ha tenido su solución en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Pues bien, el problema de la fundamentación de los derechos humanos puede plantearse dentro de distintos marcos de referencia y, consecuentemente,

<sup>2</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 1992, p. 128.

puede desembocar en soluciones cualitativamente dispares. La búsqueda de la fundamentación puede apuntar hacia la explicación de por qué los derechos humanos *son* un elemento crucial de las actuales estructuras jurídico-políticas, o puede orientarse hacia la demostración de por qué los derechos humanos *deben ser* un elemento básico de la ordenación jurídica de las relaciones sociales en el mundo actual.<sup>3</sup>

El derecho se fundamenta. *Fundamentar* significa demostrar que el derecho sirva para algo. Sin embargo, surge la pregunta: siendo los derechos humanos incorpóreos, ¿pueden fundamentarse? No olvidemos, desde la mira histórica, que los estoicos fueron los que fundamentaron por vez primera los derechos humanos. Empero, había duda de su fundamentación. El punto crucial fue superado cuando se reunieron en l'Aquila (Italia) entre los días 14-19 de setiembre de 1964 un equipo de expertos en la materia para discutir, en el Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía, sobre *Le fondement des droits de l'homme*. Y le correspondió a Chaïm Perelman plantear la posibilidad del fundamento de

<sup>3</sup> Cfr. Castro, Benito de, *cit.* “La fundamentación de los derechos humanos. Reflexiones incidentales”, en Varios autores, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, pp. 119 y ss.

los derechos humanos. A partir de ahí, se perfilaron tres grandes tendencias que fundamentan, desde la filosofía, los derechos humanos, conforme ha demostrado Pérez Luño.<sup>4</sup> Hélas aquí:

### *1. Fundamento objetivista*

Se expresa en dos aspectos. El primero, referido a la ética material de los valores cuya fuente de inspiración es el movimiento fenomenológico, que surgió como intento de superar el riguroso formalismo atribuido a la ley moral kantiana. Según este enfoque, el orden objetivo y jerárquico de valores no puede ser conocido a través de la razón, sino aprehendido por el sentimiento y la intuición de su evidencia. El segundo aspecto está referido al objetivismo ontológico cristiano, que nace con el propósito de recuperar el nexo entre el ser y el valor.

### *2. Fundamento subjetivista*

Apunta a la reivindicación del primado de la libertad individual como fundamento de los valores ético-políticos. Es una suerte de salvación del ser humano, del ser individual, dirigida según Karl

<sup>4</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 132-184.

Popper, a la defensa de la sociedad democrática, abierta y pluralista.

### *3. Fundamento intersubjetivista*

Se empeña en concebir los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresar necesidades históricas y sociales compartidas permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.

### *4. Otras fundamentaciones*

#### *A. Fundamentación iusnaturalista*

Consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales. El iusnaturalismo surge de las inquietudes de los primeros pensadores griegos: Pitágoras, Parménides y Heráclito. Los sofistas, por ejemplo, proclamaban que la libertad de todos los hombres era una creación directa de la divinidad, por ello mismo, la naturaleza no había hecho a nadie esclavo. En realidad Aristóteles, llamado el padre del derecho natural, quien planteó más desagregadamente esa idea. *La ley natural* se origina en lo justo, por naturaleza, es universal e inmutable. *La ley positiva* nace de la voluntad del legislador y debe ser la expresión de la ley natural. Posteriormente, el iusnaturalismo se hace presente

en el pensamiento jurídico romano (Marco Aurelio, Cicerón, Ulpiano y Gayo) y en la filosofía cristiana. Esta última es muy importante porque será la fuente moderna del derecho natural.

Son seis pensadores, en distintos tiempos, los que fundan la Escuela moderna del derecho natural: Francisco Suárez, Hugo Grocio, Bartolomé de las Casas, Thomas Hobbes, John Locke y John Stuart Mill. Como ha descrito Norberto Bobbio, el iusnaturalismo es aquella corriente que admite la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.

En consecuencia:

- a) El origen de los derechos naturales no es del derecho positivo, sino un tipo de orden jurídico distinto al derecho positivo: el orden jurídico natural.
- b) Tanto el orden jurídico natural, como los derechos naturales de él deducidos, son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para los hombres.
- c) Una última sustentación, quizá la más polémica de todas, consiste en afirmar que “los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconoz-

can o no por el derecho positivo”. Esta tesis ha sido la que, a lo largo de la historia, ha caracterizado con mayor énfasis a la corriente ius-naturalista.

### B. *Fundamentación historicista*

Considera a los derechos humanos como derechos históricos. Es bien sabido que el historicismo es, propiamente dicho, una Escuela filosófica del derecho, llamada con más propiedad *Escuela histórica del derecho*. Su principal argumento puede ser definido en pocas palabras: a la razón —o al derecho natural— se opone la historia. Los derechos humanos manifiestan los derechos variables y relativos a cada contexto histórico que tiene el hombre y se mantiene de acuerdo con el desarrollo de la sociedad.

Las diferencias con la fundamentación iusnaturalista son claras:

- a) En lugar de derechos naturales, universales y absolutos, se habla de derechos históricos, variables y relativos.
- b) En lugar de hechos anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en cuanto que son resultado de la evolución de la sociedad).

### C. Fundamentación ética o axiológica

Considera a los derechos humanos como derechos morales. Esta fundamentación, aún en vías de clarificación y asentamiento, relaciona los derechos humanos con los valores de la dignidad humana y con los derechos llamados *mORALES*. ¿Qué sostiene la fundamentación ética o axiológica? Que el origen y fundamento de los derechos humanos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico.

Para esta fundamentación, los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por lo tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el derecho; derecho igual, obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos, y derecho de igual humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social.

Por lo demás, la premisa filosófica demuestra que los derechos humanos tienen categorías y conceptos. Por ejemplo, la libertad es materia de fundamentación filosófica porque no se ha ido labrando

al azar, sino que se ha alcanzado a través de conquistas, enfrentamientos y revoluciones.

### III. LA INCERTIDUMBRE TERMINOLÓGICA EN TORNO DE LOS DERECHOS

El tema de los derechos humanos, visto desde una perspectiva terminológica, se presta a ciertas confusiones. Ello es aún más patente si se parte de la idea de que la misma no sólo asume connotaciones internas, sino incluso supranacionales. Como ha recordado Antonio-Enrique Pérez Luño, a medida que se ha ido alargando el ámbito de uso del término *derechos humanos*, su significación se ha tornado más imprecisa. Por ello es que ofrece, como otras categorías del mundo jurídico, diversos significados. Basta un somero examen de las diversas concepciones doctrinales elaboradas sobre los derechos humanos para comprobar la profunda y radical equivocidad con que ha sido asumido este término. La significación heterogénea de la expresión derechos humanos en la teoría y en la praxis ha contribuido a hacer de este concepto un paradigma de equivocidad.<sup>5</sup>

La necesidad de contar con un lenguaje preciso, coherente y bien construido es una exigencia de

5 Cfr. *ibidem*, pp. 21-51.

cualquier tipo de conocimiento científico y, como tal, es de directa aplicación al problema de la elaboración de una teoría de los derechos humanos. Hasta el momento no se cuenta con una terminología concreta para referirse a su objeto de estudio, tal como se deja notar en la vaguedad e imprecisión de muchas de las definiciones de derechos humanos.<sup>6</sup>

Veamos a continuación algunos términos en su correcta acepción:

### *1. Derechos humanos*

Es un término emotivo, al decir de Gregorio Pérez-Barba, que suscita siempre sentimientos y que se usa en la acción social y política con mucha frecuencia. Esta categoría se emplea desde el ámbito internacional, mediante documentos tales como los convenios, los pactos, los protocolos, los tratados y las convenciones. Con ello se demuestra que tiene un enfoque supranacional. Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de Naciones Unidas (1966) desarrollan su contenido sobre la base de la acepción de los derechos humanos, que por lo demás, constituye el género de todas las categorías que siguen a continuación.

<sup>6</sup> Cfr. Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, 1a. reimpr., Madrid, Debate, 1987.

## 2. *Derechos constitucionales o derechos fundamentales*

La expresión *derechos constitucionales* apunta a los atributos inherentes a la persona reconocidos y positivizados en una Constitución escrita, y cuyo enfoque es nacional o interno, y no supranacional, como son los derechos humanos. La acepción *derechos fundamentales* (*droits fondamentaux*) que se gesta en pleno movimiento político y cultural en Francia hacia 1770, también se emplea para referirse a los derechos constitucionales. Adquirió auge en Alemania en la ley fundamental de Bonn de 1949, con el nombre de *Grundrechte* mediante el cual se articula el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico político. Por ejemplo, la Constitución de Perú de 1993 lo primero que hace, al igual que la de 1979, es enunciar la voz *derechos fundamentales* en el título I.

## 3. *Libertades públicas*

En Francia se emplea el término libertades públicas (*libertés publiques*). La tradición toma cuerpo en el artículo 9o. de la Constitución de 1793, pero en singular: *libertad pública*, y luego se con-

sagra dicha terminología como plural, tal como hoy en día se le conoce (tanto en la IV como en la V República), a partir del artículo 25 de la Constitución del II Imperio de 1852. Se trata de una categoría cuyo significado, a diferencia de los derechos humanos, es estrecha y limitada, y requiere para su ejercicio la intervención del Estado sobre determinados derechos. Así tenemos que el derecho a la vida o el derecho a la propiedad, o los derechos sociales, no pueden ser libertades públicas, ya que las libertades públicas constituyen un determinado tipo de libertades, y para su ejercicio requieren la intervención del Estado, como son la libertad de asociación, la libertad de reunión, de sindicación y de prensa.

#### *4. Derechos públicos subjetivos*

Estamos frente a una expresión que nace a finales del siglo XIX en pleno Imperio prusiano. Fue Georg Jellinek (1851-1911) quien acuñó y diseñó la categoría apoyado en Rudolf von Ihering (1818-1892) y Bernardo Windscheid (1817-1892). Por lo demás, los derechos públicos subjetivos son los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los particulares, dentro de un marco rigurosamen-

te positivo. Surgen con el propósito de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista. Jellinek se da cuenta que los derechos públicos subjetivos tienen *status subjectionis* (pasivo), *status libertatis* (negativo), *status civitatis* (positivo) y *status activae civitatis* (activo).

Luego, con el tiempo se complementarán cada uno de ellos con el *status positivus socialis* para encuadrar a los derechos sociales, y el estatus *activus procesualis*, a efectos de garantizar la participación activa de los interesados en los procesos de formación de los actos públicos. Bien ha escrito Robert Alexy en su obra medular *Teoría de los derechos fundamentales*, que no obstante sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias, la teoría del estatus de Jellinek es el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales.

¿Cuál es el alcance y el significado del estatus? Es la situación real y privilegiada que tenemos y que fue creada por el derecho objetivo. Precisando, el estatus es una relación del individuo con el Estado, cualesquiera que sean sus características por cuanto los seres humanos tenemos derechos, y por naturaleza dignidad y libertad para definir nuestra conducta.

Eduardo García de Enterría<sup>7</sup> sostiene que el administrado es titular de derechos subjetivos frente a la administración en dos supuestos típicos:

- a) Cuando ostenta pretensiones activas frente a la administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia administración, o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida. Así, serían los *derechos subjetivos típicos*.
- b) Cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Así, serían los *derechos subjetivos reaccionales o impugnatorios*.

<sup>7</sup> Cfr. García de Enterría, Eduardo, “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, 1975, núm. 6, pp. 427-446.

## 5. *Derechos naturales*

La expresión derechos naturales (elaborado por la doctrina del iusnaturalismo racionalista) mantiene una tradición histórica, son derechos previos al poder y al derecho positivo, y como tales anteriores a la existencia del Estado (Harold Laski), y se conciben por la razón de la naturaleza humana. El derecho natural contemporáneo le ha dado otra denominación, a saber: *derechos morales*, tal como lo proclama Ronald Dworkin y es bastante familiar en el pensamiento anglosajón, entendidos como el *resultado de la doble vertiente ética y jurídica*.

## 6. *Garantías constitucionales*

Se configuran como los instrumentos de naturaleza procesal consagrados con el objeto de proteger o de tutelar de manera efectiva los dispositivos contenidos en la Constitución. Según Héctor Fix-Zamudio, son los procesos o remedios constitucionales que sirven como medios de defensa para curar males patológicos. Así, las garantías constitucionales o jurisdiccionales son herramientas que utiliza el ser humano para defenderse de una amenaza o violación. Citemos como muestra ilustrativa dos: la acción de *habeas corpus* y la acción de amparo.

## 7. *Principios constitucionales*

Representan la expresión jurídica del conjunto de valoraciones sociales que el poder constituyente recepciona de la voluntad popular al momento de construir o elaborar un determinado texto constitucional. Contra lo que suele pensarse, no son los principios, ideas retóricas, sino verdaderos núcleos de valoración material y fórmulas verbales, con implicancias generales. En otras palabras, constituyen decisiones fundamentales que imprimen una orientación determinada a la que aspira el Estado y la sociedad.

Por lo general los principios cumplen un doble papel: *vertebrador* y *fundamentador*. Mientras que por el primero articulan o dotan de coherencia a la totalidad de disposiciones constitucionales, por el segundo presiden cualquier proceso interpretativo obligando al intérprete a orientar su razonamiento en dirección a lo que aquellos pretenden significar.

El doble papel cumplido por los principios permite afirmar que los mismos ocupan la primera de las jerarquías o niveles al interior de la estructura constitucional. De suerte que así como en el sistema positivo, la Constitución prevalece sobre la ley, ésta sobre el decreto y así sucesivamente, al interior de la norma constitucional. También se predica la exis-

tencia de prelaciones, siendo la primera de ellas los *principios*. De ahí que su campo de acción es el ordenamiento jurídico.

En conclusión, el derecho, como cualquier conocimiento o disciplina, requiere de un lenguaje coherente que posibilite el uso de términos jurídicos de amplia aceptación en los círculos académicos. En el campo de los derechos humanos, estas precisiones son necesarias, especialmente cuando nos conducen a la comprensión de sus fundamentos

#### IV. LOS LÍMITES Y EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La necesidad de la reconstitución de la vida social y política, tras la experiencia europea de la última Guerra Mundial, condujo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Cfr. Parejo Alfonso, Luciano, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de abril de 1981”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1981, vol. 1, núm. 3.

De lo expuesto se desprende que esta categoría se crea tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas, que se encuentra íntimamente relacionada a las distintas teorías de los derechos fundamentales:

- a) *Teoría positivista*: el contenido esencial se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el derecho, mirando siempre la tutela de la voluntad o autonomía individual frente a posibles intromisiones del Estado.
- b) *Teoría de los valores*: tiende a identificar el contenido esencial con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como entidad previa a la reglamentación legislativa.
- c) *Teoría institucional*: representada por Peter Häberle. Se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que la protección de contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional (*institutionelle garantie*) que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución

y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales.<sup>9</sup>

Un ejemplo preciso lo constituye el artículo 19 de la ley fundamental de Bonn que, entre otros mecanismos de aseguramiento de los derechos fundamentales, establece la prohibición absoluta del legislador ordinario de cualquier afección al contenido esencial (*Wesensgehalt*) de aquellos derechos. Nos encontramos, pues, frente a un límite a la potestad legislativa de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional de España, como “Intérprete Supremo de la Constitución”, siguiendo la línea orientadora del derecho alemán, ha precisado los diversos límites que operan sobre los derechos fundamentales:

<sup>9</sup> Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit. pp. 312 y ss. Más reciente, Parejo Alfonso, Luciano, *Constitución, municipio y garantía institucional*, 2a. ed., Lima, Grijley, 2000. Antecede prólogo de Domingo García Belaunde y Epílogo de José F. Palomino Manchego.

Tipo de límite	Ejemplo
Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que ésta “establece en sí misma”.	Limitación del derecho de reunión por el riesgo fundado de alteración del orden público con peligro para personas o bienes (artículo 21.1).
Límites mediata o inmediatamente de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales.	El artículo 20.4 de la Constitución dispone que los derechos y libertades reconocidos en el número 1 del propio artículo, “tienen su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen”.
Límites mediata o indirectamente derivados de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.	

A juicio de Francisco Fernández Segado, el carácter limitado de los derechos es hoy una evidencia que no admite contestación alguna, y recuerda además el catedrático español que la habilitación constitucional al legislador ordinario persigue, fundamentalmente, excluir al Ejecutivo, y a su producción normativa propia, los reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos. Señala, asimismo, que el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa. Es más, la reserva de ley, competencia del legislador, ha supuesto la restricción de la posibilidad de habilitar legalmente al Poder Ejecutivo para que pueda inmiscuirse en ámbitos propios de la libertad.<sup>10</sup>

Ahora bien, después de los sucesos acaecidos tras la segunda gran Guerra, parte de la problemática de los derechos ha venido girando no en torno a su reconocimiento en diversas normas jurídicas (constitucionales, comunitarias o de nivel internacional), sino más bien en el ámbito de los medios de protección de estos atributos subjetivos con que se reconoce a la persona.

<sup>10</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 100 y ss. Antecede estudio preliminar de José F. Palomino Manchego.

Aquellos mecanismos de protección de los derechos fundamentales lejos están de constreñirse únicamente a qué medios judiciales de defensa se refiere. Pues, al lado de aquellos procesos judiciales (constitucionales, ordinarios o supranacionales), también es posible advertir la presencia de un conjunto de mecanismos que bien podríamos denominar de carácter institucional (vgr. el defensor del pueblo) y de garantías normativas de protección de los derechos fundamentales. Estos últimos, si bien de formulación consustancial al constitucionalismo clásico (el iniciado a partir de finales del siglo XVIII), se han visto robustecidos especialmente a partir de la segunda mitad de este siglo.

Ciertamente, el tema de los límites y respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales es un tópico que aunque no puede adscribirse en exclusiva al asunto de las garantías normativas de protección de los derechos fundamentales, sin embargo, muchos de sus postulados, bien pueden adscribirse dentro de ellas.

Sabido es, y éste es un tema que va a esbozarse desde la propia Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que el ejercicio de los derechos fundamentales, esto es, de los derechos constitucionalmente consagrados, no son absolutos, sino que, por el contrario, al ser

susceptibles de ser regulados o desarrollados, bien pueden ser objeto de determinadas limitaciones. Limitar el ejercicio de un derecho fundamental, significa prever una serie de restricciones en el ejercicio de un derecho fundamental (*vgr.* no fumar (ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad) en lugares públicos y cerrados). No es que el derecho constitucional, en sí mismo, pueda resultar restringido o limitado, sino únicamente su ejercicio.

Esencialmente, las razones jurídico-constitucionales que se reconocen como legítimas para limitar el ejercicio de un derecho fundamental son dos. Veamos:

- a) En primer lugar, porque el reconocimiento de los derechos fundamentales se realiza, de manera *universal* o *general*, en favor de todos los individuos, por lo que el ejercicio de los derechos requiere de relaciones de coordinación y compatibilización entre todos y cada uno de los atributos.
- b) En segundo lugar, porque el reconocimiento de cada uno de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico no se realiza de manera aislada, sino que, al tiempo que se reconocen otros derechos fundamentales,

también se *incorporan un conjunto de bienes y valores* de orden constitucional (como la seguridad, el orden público, etcétera), que exigen como condición para alcanzarlos que, en determinadas circunstancias, el ejercicio de los derechos tenga que ser necesariamente restringido.

Tales límites sobre los derechos fundamentales, bien pueden encontrarse fijados directamente por el ordenamiento constitucional, como sucede con la libertad de tránsito y la posibilidad de ser limitado en virtud de un mandato de carácter judicial. O bien, pueden tratarse de límites derivados, mediana o inmediatamente, de la Constitución, ante la necesidad de armonizar su ejercicio con el de otros derechos constitucionales (*vgr.* el reconocimiento de la libertad de expresión y el derecho al honor).

Finalmente, tales límites pueden desprenderse en forma expresa o implícita del texto constitucional, como consecuencia de armonizar su ejercicio (el de los derechos fundamentales) con la preservación de bienes o valores constitucionales de muy importante consecución (*vgr.* el de la libertad de tránsito en los estados de excepción, con el objeto de preservar el orden interno, que incluye el llamado orden público).

Admitido, como efectivamente acontece en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que los derechos fundamentales pueden ser susceptibles de ser limitados, constituye un problema en la doctrina el determinar a través de qué medios puede eventualmente hacer ejercicio el poder público para limitar un derecho fundamental. ¿Puede realizarlo un funcionario de la administración pública a través de una resolución directoral?, ¿Puede efectuarlo el Poder Ejecutivo a través de un decreto supremo?, ¿o dicha tarea se encuentra reservada únicamente para el legislador?

Desde los inicios del constitucionalismo clásico, el instrumento a través del cual se permitía imponer límites a los derechos fundamentales, era la ley expedida por el Poder Legislativo, y no a través de otra norma jurídica, ni menos aún una resolución administrativa. En la actualidad, dicho criterio, habiéndose mantenido, admite, sin embargo, la introducción de ciertos matices. En efecto, una lectura de los diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional, muestran que la regulación de ellos ha sido dejado, expresamente, a través de la reserva de ley, a la ley expedida por el Poder Legislativo (*vgr.* el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, de acuerdo a la ley).

Sin embargo, nuestro ordenamiento constitucional también contiene un conjunto amplio de derechos fundamentales que, a diferencia de los anteriores, no contiene una expresa reserva de ley parlamentaria. En tales casos, ¿podrá realizarse su regulación y la imposición de límites a través de normas jurídicas que no sea la ley? No, pues si bien la reserva de ley es una institución que no se presume allí donde no ha sido prevista expresamente (no hay reservas de ley implícitas), sin embargo, en sustitución de ella debe de instrumentalizarse un principio que por curiosa paradoja en los últimos lustros ha adquirido una importancia notable en el ámbito del derecho administrativo, y muy significativamente en el ámbito del derecho penal. Nos estamos refiriendo al *principio de legalidad*.

No es casual, en ese sentido, que dicho principio aparezca explícitamente consagrado en el capítulo de los derechos fundamentales (artículo 2o., inciso 24, letra “a” de la Constitución de 1993). En virtud de él, la regulación del contenido, los alcances, los límites y las restricciones de los derechos fundamentales únicamente puede realizarse a través de una ley, o como se admite en la doctrina contemporánea, a través de una norma que el propio ordenamiento constitucional le ha asignado un valor, rango o fuerza de ley (vgr. los decretos legislativos,

el decreto de urgencia en materia para lo cual se le ha reservado, una ordenanza municipal para derechos cuyo ejercicio se encuentra vinculado a los gobiernos locales, etcétera).

Ahora bien, que los derechos fundamentales puedan ser susceptibles de ser limitados, plantea el problema de que so pretexto de practicarse la imposición de límites a los derechos fundamentales, eventualmente el legislador (o en su caso, el órgano competente) pueda excederse en su actividad limitadora, y antes de señalar límites a los mismos, lo que en verdad ocurra es que dicho derecho fundamental haya quedado vaciado de contenido: ¿puede el legislador suprimir un derecho fundamental so pretexto de limitarlo?, ¿o es que acaso en su actividad limitadora, también él mismo se encontrará limitado?

En otros ordenamientos jurídicos, la propia Constitución (España, Alemania) se encarga de precisar que en la regulación de los derechos fundamentales por el legislador, éste se encuentra también limitado. Tal límite es el respeto de lo que se ha denominado el *contenido esencial de los derechos*. Se entiende por *contenido esencial de los derechos fundamentales*, aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan

vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal, y no como otra cosa.

Se rebasa o se desconoce el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. ¿Puede, en el caso peruano, predicarse que el legislador también se encuentra obligado a respetar el contenido esencial de un derecho fundamental, no obstante no existir una cláusula constitucional expresa, como sucede en España o Alemania?

Aunque tal previsión no exista en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, puede afirmarse que en el país también es exigible al legislador el respeto del contenido esencial de los derechos. La cuestión es muy sencilla. Si el legislador, que es un poder constituido, y por tanto limitado, suprimiera de su contenido esencial a un derecho fundamental, lo derogara o lo vaciara de contenido, estaría rebasando sus competencias y realizando una auténtica función constituyente, al modificar o derogar la cláusula constitucional en virtud del cual se reconoce un derecho fundamental. Porque el legislador ordinario no puede modificar la Constitu-

ción, sino siguiendo el trámite de la reforma constitucional, su actividad limitadora se encontraría al margen de lo establecido por el ordenamiento constitucional. La experiencia de las conflagraciones mundiales, obligó a los legisladores europeos a precisar los límites que operan sobre el ejercicio de los derechos fundamentales. Así también se abordó el tema de las limitaciones de los legisladores en la aplicación de los derechos y el contenido esencial de los mismos.

## V. UN DERECHO ESPECIAL EL DEBIDO PROCESO

Se trata de un atributo de alcances genéricos, que no admite un solo contenido aunque sí la idea central de que su aplicación opera como un repertorio de seguridades y atributos al interior de cualquier proceso.

Es, por consecuencia, el debido proceso el derecho que tiene toda persona inmersa en la secuela de un proceso, para invocar el respeto de aquellos principios y normas esenciales para que su situación de procesado o de parte procesal puedan considerarse auténticamente justa. Dichos principios o normas esenciales, pueden ser de diverso alcance, pero existe consenso en admitir, entre otras, la de-

fensa, el juez natural, el procedimiento preestablecido, la instancia plural, la motivación resolutoria, la intangibilidad de la cosa juzgada, etcétera (artículo 139 constitucional).

El debido proceso, por otra parte, y por su propia naturaleza, no es un atributo que pueda predicarse exclusivamente a propósito de los procesos estrictamente judiciales (debido proceso judicial), sino que puede ser extensivo a cualquier clase de mecanismo de resolución de conflictos o de determinación de situaciones, con lo cual, procede su invocación, no sólo a nivel de los llamados procesos administrativos sino incluso a propósito de los procedimientos corporativo-particulares. Se habla en tales circunstancias de un *debido proceso administrativo* y *debido proceso corporativo particular*.

Cuando el tema del debido proceso es visto en su óptica judicialista, pone sobre el tapete uno de los más delicados problemas jurídicos: el de su protección como consecuencia de resoluciones judiciales inconstitucionales y de los mecanismos procesales a utilizar frente a tales contingencias. El derecho peruano, sobre este aspecto, ofrece una *fórmula permisiva moderada*, distinta de *fórmulas totalmente restrictivas* o, por el contrario, *totalmente amplias o extensivas*. Las consideraciones precedentes se refieren al debido proceso entendido en

términos *formales*, que vendría a ser el más común. Sin embargo, no se excluye la posibilidad de hablar, según la moderna doctrina y práctica jurisprudencial, del *debido proceso sustantivo*, y que en síntesis representa un auténtico juicio de razonabilidad sobre la toma de decisiones, es decir, un juicio sobre el fondo y ya no sólo sobre la forma.

## VI. PALABRAS FINALES

De todo lo expuesto, ¿qué podemos decir a guisa de conclusión?

1. En primer término, las definiciones de muchas categorías afines a la de los derechos humanos (en diversas ocasiones también en los propios derechos humanos) elaborados por la doctrina se han planteado como definiciones *lexicales*, esto es, como descripciones de usos lingüísticos de estas expresiones, cuando eran definiciones *estipulativas*, meras convenciones sobre cómo debían ser empleados (Pérez Luño).
2. Como una segunda contestación al tema, acentuaría que el término *libertad* es capital. ¿Cuál es la clave de bóveda de los derechos humanos? Sin disputa, la libertad, la exalta-

ción de la libertad, que no es, por lo demás, una figura de cera.

3. En tercer orden, la concepción de los derechos humanos tiene que darse mediante una posición ontológica, en la inteligencia que ésta significa conducta rectilínea y no arbitrariedad.
4. En cuarto lugar, no podemos pasar por alto la crisis de los derechos humanos. No hay cultor y promotor de los derechos humanos que en la actualidad desconozca que el mundo afronta un momento crítico. Pero no sólo esa vicisitud, sino también el maltrato, la intolerancia y la demagogia, que como puntos neurálgicos llevan a saltos a los derechos humanos.
5. También debemos pensar en la promoción permanente y reivindicación de los derechos humanos, en defenderlos a sangre y fuego, mediante el sentimiento constitucional que se entrena teniendo encarnado los documentos internacionales y el texto constitucional.
6. Algo más todavía. Sentimiento constitucional entendido como el grado de adhesión que debe tener todo intérprete-aplicador al momento de interpretar la Constitución, y que

se expresa en su formación apostólica con sentido humanista.

7. En fin, el contenido esencial de un derecho fundamental es un “contexto jurídico indeterminado”.