

ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

Antes de abordar el análisis temático del texto constitucional peruano, interesa preliminarmente dar una ojeada panorámica en torno a su *estructura constitucional*, entendida ésta como aquel orden sistemático del contenido, tanto como la extensión de toda Constitución. De ordinario, esta estructura comprende un preámbulo que precede a la normativa misma, y luego las grandes partes de toda Constitución: la dogmática, la orgánica, la Constitución económica y eventualmente preceptos relativos a disposiciones finales o transitorias.

En nuestro caso, la Constitución de 1993 contiene un total de 206 artículos, a los que hay que agregar 16 disposiciones finales y transitorias, más una declaración. El texto va precedido de un preámbulo. Por principio, el actual texto se nos presenta como uno de los más lacónicos, aunque en diversos articulados acusa una amplitud que linda con el reglamentarismo.

El articulado constitucional se estructura en seis títulos: el I relativo a la “Persona y la Sociedad” (artículos 1o. al 42); el II “Del Estado y la Nación” (artículos 43 al 57), el III sobre el “Régimen Económico” (artículos 58 al 89); el IV sobre la “Estructura del Estado” (artículos 90 al 199); el V “De las Garantías Constitucionales” (artículos 200 al 205), y finalmente, el VI “De la Reforma de la Constitución” (artículo 206).

La Constitución va precedida, como se ha dicho, de un preámbulo que inexplicablemente resulta ser excesivamente lacónico, y no se compadece con lo que contemporáneamente la mayoría de los textos políticos están cartabonados por un preámbulo de singular trascendencia para el nuevo orden que se funda.¹

¹ Tajadura Tejada, Javier y Torres del Moral, Antonio, *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, CEPC, 2001.

Desde luego, si echamos una mirada a las Constituciones peruanas del siglo pasado, varias no tuvieron preámbulo y otras sólo hicieron una profesión de fe, la invocación teocrática en torno a Dios, como lo ha hecho sin ningún otro aditamento la actual carta política.

I. DERECHOS INDIVIDUALES

(LIBERTAD, IGUALDAD, PROPIEDAD, SEGURIDAD JURÍDICA)

Corresponde en este rubro realizar un análisis de la parte dogmática del texto peruano. No peca de tautológico precisar que toda Constitución se identifica con un elenco de derechos y libertades que han venido consagrándose en la evolución del sistema de protección de los derechos humanos. A este catálogo se le identifica como “parte dogmática” de la Constitución.

De antemano cabe subrayar que la actual Constitución de 1993 recibió todo el influjo de la Constitución de 1979 en lo relativo a estos derechos básicos de la persona; de allí que el actual diseño constitucional contiene, en lo fundamental, los derechos que consagraba la anterior carta de 1979; pero con ciertas limitaciones en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales.

1. *Derecho a la libertad*

No puede existir ninguna Constitución en el mundo occidental que no afirme y consagre pletóricamente la libertad, entendida ésta en su naturaleza binaria como *valor* y como *principio*; lo primero entendido como un valor superior del ordenamiento jurídico y aunque esta afirmación no se encuentra explícitamente diseñada en el texto, su interpretación como tal ha sido consagrada intermitentemente por el Tribunal Constitucional. Pero la libertad también es concebida como un principio, en tanto la persona requiera el presupuesto ontológico de ser libre para realizar todo aquello

que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En esta perspectiva, se ha entendido que, así como existe un contenido esencial de la libertad; lo propio entraña un conjunto de límites que sólo puede establecerse a nivel de la propia Constitución como de la interpretación de una limitación legalmente establecida.

El inciso 24 del artículo 2o. de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. A partir de allí se precisan ocho parágrafos que se enuncian brevemente:

- Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Se trata de la consagración de la libertad personal como un *derecho subjetivo*, y por otro lado, del derecho a la *seguridad personal* que representa la garantía que el poder público ofrece frente a eventuales amenazas por terceros que lesionen la indemnidad de la persona o desvanecer la sensación de tranquilidad y sosiego psíquico y moral que debe acompañar una vida coexistencial. Finalmente, dicho acápite involucra también el principio de *seguridad jurídica* que subyace en todo el sistema jurídico como previsibilidad.
- No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Se trata aquí de límites explícitos a la libertad personal.
- No hay prisión por deudas. Desde los orígenes de esta interpretación, se ha entendido que la propia Constitución garantiza que las personas no sufran restricciones de su libertad por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. Y la única restricción, como lo establece el texto, es en los casos de incumplimiento de deberes alimentarios y ello en razón a que están en juego los derechos a la vida, la salud y la integridad del alimentista.
- Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente califi-

cado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se trata del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y comprende el principio de legalidad en una trimembre exigencia: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

- Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Este precepto constituye el núcleo rector principal de la limitación a la libertad personal. Y alude a los requisitos o presupuestos que debe constitucionalmente tener una *detención preventiva*: mandamiento escrito y motivado del juez; un máximo de veinticuatro horas de detención policial y su excepcionalidad prevista en casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas.

- Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previsto en la ley.
- Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes.

2. Derecho a la igualdad

A partir del artículo 2o., inciso 2, la Constitución ha establecido este clásico derecho que tiene ya una dinámica interpretativa emanada del Tribunal Constitucional peruano. Veamos sólo algunos aspectos.

La igualdad ante la ley es un principio constitucional y a la vez es un derecho subjetivo que garantiza el trato igual a los iguales y el desigual a los desiguales.²

² STC 0649-2002-AA/TC FJ 06.

Es necesario señalar que la disposición normativa ubicada en el artículo 2.2 de nuestra Constitución en rigor consagra dos grandes vertientes: el *principio de igualdad* y el *derecho a la igualdad*. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele.³

La igualdad es un *principio-derecho* que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.⁴

La igualdad como principio presume la afirmación *a priori* y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar.

Dicha igualdad implica lo siguiente: *a)* la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y *b)* la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.⁵

En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado*

³ STC 0606-2004-AA/TC FJ 09.

⁴ STC 3533-2003-AA/TC FJ 04.

⁵ STC 0261-2003-AA/TC FJ 3.1.

por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad.⁶

Por otro lado, se ha reconocido una *doble faceta* en torno a este derecho: *igualdad ante la ley* e *igualdad en la ley*. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.⁷

Nuestra jurisdicción constitucional también ha desarrollado la igualdad y el *concepto de diferenciación*. El principio de igualdad no impide al operador del derecho determinar, entre las personas, distinciones que de forma expresa obedezcan a las diferencias que las mismas circunstancias prácticas establecen de manera indubitable.

Un texto normativo es coherente con los alcances y el sentido del principio de igualdad, cuando su imperio regulador se expande a todas las personas en virtud de no acreditar ningún atisbo de discriminación, y cuando, luego de satisfacer dicha prioridad, adjudica beneficios o castigos diferenciadamente, a partir de rasgos distintivos relevantes. En ese mismo contexto, es también aceptable para el derecho que la pauta basilar de la igualdad esté subordinada al desarrollo pleno de otros principios constitucionales,

⁶ STC 0045-2004-PI/TC FJ 20.

⁷ STC 0048-2004-PI/TC FJ 60.

valorados como de superior jerarquía en específicas y concretas circunstancias.

La existencia de una diferente regulación normativa o de un trato distinto, derivado de la interpretación-aplicación de la ley, debe ser apreciada en relación con la finalidad y los efectos de la medida legal adoptada sobre la materia. El establecimiento de una diferenciación jurídica ha de perseguir un resultado jurídico legítimo, a la luz de la moral y los valores del derecho. A mayor abundamiento, la finalidad debe ser concreta, palpable y verificable en sus consecuencias efectivas.

La diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, cuyo fin sea la consecución o aseguramiento de un bien o valor constitucional, o de un bien o valor constitucionalmente aceptable. Es decir, deberá asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con certeros juicios de valor generalmente aceptados. En ese sentido, no cabe hablar válidamente de un proceso diferenciador de trato, cuando éste se basa en supuestos de hecho o en situaciones subjetivas. La diferenciación implica una relación efectiva entre el trato desigual que se establece, el supuesto de hecho y la finalidad que se persigue alcanzar.⁸

3. *Derecho a la propiedad*

El derecho a la propiedad tiene su encaje constitucional en diversos preceptos (artículos 2.8, 2.16, 15, 21, 60, 70, 71, 88, 89, 175). El artículo 2.16 prescribe: “*Toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia*”. El artículo 70, más específico y con un desarrollo amplio, establece que: “*El Derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza...*”.

La teoría general de la Constitución permite ubicar la regulación de la propiedad dentro de los marcos de la “*Constitución económica*”, acápite que desarrollaremos con mayor amplitud.

⁸ STC 0261-2003-AA/TC FJ 3.2.

En efecto, a nadie le cabe la menor duda que de los derechos de contenido económico, el de la propiedad tiene una relevancia especial, en tanto la estructura económica de una sociedad depende, muchas veces, de la propiedad.

Si bien hoy todas las Constituciones del mundo afirman en su seno la constitucionalización del derecho a la propiedad, es necesario señalar, como muy bien lo precisa Germán Bidart Campos⁹ que el derecho de propiedad, positivizado en la Constitución, no tiene idéntico contenido como el que suele regularse en el derecho civil. Y es que la propiedad, desde su encaje constitucional, resulta ser mucho más amplio que el derecho de propiedad como derecho real que le otorgan los códigos civiles. De ahí que una interpretación del derecho de propiedad, *desde la Constitución*, permite una mayor creación heroica a nivel jurisprudencial que la simple y seca normatividad civilista.

4. *Derecho a la seguridad jurídica*

La Constitución no regula explícitamente la seguridad jurídica, aun cuando se observan analíticamente diversos enunciados de “seguridad” como “seguridad ciudadana” (artículo 197), “seguridad exterior” (artículo 118, 4), “seguridad nacional” (artículos 2, 5; 70; 72), “seguridad de la nación” (artículo 163), “seguridad personal” (artículos 2, 24; 137, 1), “seguridad pública” (artículo 2, 12; 59), “seguridad social” (artículos 10; 12).

El Tribunal Constitucional ha venido expresando algunas ideas en torno a esta institución. Así, ha enfatizado que:

El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la

⁹ Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1966, t. II, pp. 322 y ss.

interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”...¹⁰

De otro lado, el Tribunal Constitucional prevé un reconocimiento implícito:

...La seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2o., inciso 24, párrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2o., inciso 24, párrafo 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”) y 139o., inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predefinida por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”).¹¹

II. DERECHOS SOCIALES

Aunque la Constitución de 1979 reflejó una impronta aplastante en declarar sendos derechos sociales, muchos de ellos en nivel de cláusulas programáticas que, a la postre, jamás se cumplieron, dicho texto resultó ser un modelo para futuras constituciones (por ejemplo, la nicaragüense). Con todo, la Constitución

¹⁰ STC 0016-2002-AI, FJ 2-4.

¹¹ STC 0016-2002-AI, FJ 4.

de 1993 asumió posturas distintas: delimitó discretos derechos de contenido laboral, educativo, asistencial y prestacional que pasaremos inmediatamente a revisar.

En suma, el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1993 es menor que el que proporcionaba la Carta de 1979. Así por ejemplo, mientras en la Constitución de 1979 se recogían expresamente los derechos sociales a la *alimentación* y la *vivienda*, en el documento constitucional de 1993 dichos derechos no aparecen reconocidos ni mencionados en el articulado correspondiente a los derechos sociales y económicos.¹² En efecto, el artículo 18 de la Constitución de 1979 prescribía que: “El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación”. Además de ello, esta Carta Política recogió en el mismo precepto constitucional directrices específicas en lo atinente al *derecho a la vivienda*. Así, estableció:

El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda. El Estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta. Concede aliciente y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés.

¹² Es significativo a este respecto la observación hecha por el relator especial para el derecho a la vivienda de la ONU, Miloon Kothari, en su Misión al Perú de 2004, quien señaló que: “La falta de una política de vivienda durante el último decenio está simbolizada en la revisión constitucional de 1993 que suprimió la referencia al derecho a una vivienda adecuada” (véase Resolución del Consejo Económico y Social de la ONU, E/CN.4/2004/48/Add.1, párrafo 7). Aun cuando dicho relator especial recomendó al gobierno peruano la reincorporación del derecho a una vivienda adecuada en la Constitución (párrafo 50 de la citada resolución), puede verse cómo en el reporte especial sobre el derecho a la vivienda elaborado por la nueva relatora, Raquel Rolnik, en febrero de 2009, ésta señaló que en este punto no se había suscitado ningún avance (véase Resolución de la Asamblea General de la ONU A/HRC/10/7/Add.2, párrafo 253).

Por otro lado, en lo que corresponde al derecho al trabajo, la carta política de 1979 brindó una protección mucho más amplia que la que otorga la Constitución de 1993. Así, no sólo recogió expresamente como derechos constitucionales del trabajador el descanso semanal remunerado, las vacaciones anuales pagadas, la compensación por tiempo de servicios, las gratificaciones, bonificaciones u otros beneficios señalados en la ley o el convenio colectivo (artículo 44), sino que estableció un régimen de estabilidad laboral para el trabajador que sería abandonado en la Constitución de 1993. Así, el artículo 48 de la Constitución de 1979 estableció: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”. Por su parte, el artículo 27 de la Constitución de 1993, escuetamente señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Aun cuando la Constitución de 1979 peca de reglamentarismo en lo referente a la regulación de los derechos sociales¹³ e incorpora cláusulas que parecen excesivas de cara a la fundamentación de una carta constitucional,¹⁴ lo cual también puede generar desazón, producto de promesas constitucionales incumplidas, lo cierto es que esta carta, gestada bajo la égida del Estado de bienestar aún presente en el mundo en la década de los ochenta, brindaba una protección mucho más amplia y generosa que la Constitución del 93 en materia de derechos sociales, tanto en lo referente a los derechos en ella reconocidos, como en lo atinente al contenido mucho más protector de algunas de sus cláusulas, como sucedió en el caso del derecho al trabajo por ejemplo.

Con todo, en la Constitución de 1993 se han reconocido explícitamente los siguientes derechos fundamentales sociales:

¹³ En total el guarismo de artículos dedicados a los derechos sociales en la carta de 1979 asciende a 58, mientras que en la Constitución de 1993 sólo se dedicaron 25 artículos a esta clase de derechos.

¹⁴ Un buen ejemplo de ello es el artículo 11 que dispone: “La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos”.

- El derecho a la salud, reconocido en los artículos 7o. y 9o.
- Los derechos sexuales y reproductivos, reconocidos en el artículo 6o.
- El derecho a la seguridad social y libre acceso a las pensiones, recogido en los artículos 10 y 11.
- El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13, 17 y 18.
- El derecho al trabajo, recogido en el artículo 22.
- Los derechos laborales a la remuneración, la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal y anual remunerados, la protección legal contra el despido arbitrario, la sindicación, la negociación colectiva, la huelga y el derecho a la participación en las utilidades, prescrito en los artículos 24, 25, 26, 27, 28 y 29.
- El derecho a la protección de la familia y de las uniones de hecho, recogido en los artículos 4o. y 5o.
- El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes, madres, ancianos y discapacitados, recogido en los artículos 4o. y 7o.

A esta lista habría que agregar el *derecho al agua potable* que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional peruano en el caso *César Augusto Zúñiga López*, donde ha reconocido la presencia autónoma de este derecho fundamental, inscrito en la cláusula de los derechos innominados del artículo 3o. y cuya fundamentalidad ha derivado de la dignidad de la persona y de la cláusula del Estado social de derecho.¹⁵ En dicho caso y atendiendo a circunstancias especiales, el Tribunal Constitucional determinó la imposibilidad de cortar el servicio de agua potable por falta de pago. Asimismo, reconoció que este derecho fundamental se halla circunscrito por tres ámbitos o contenidos específicos: “El acceso, la calidad y la suficiencia... No se trata, por consiguiente, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de

¹⁵ STC 6546-2006-AA/TC.

supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario”.¹⁶ En síntesis, el derecho al agua puede expresarse como el derecho de toda persona a disponer de agua potable suficiente y de calidad.

Habría que reconocer, no obstante la cerrada lista de derechos sociales dispuestos en la Constitución de 1993, que de acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú; con lo cual habría que precisar que los derechos sociales reconocidos en el ámbito internacional, especialmente los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), forman parte del derecho nacional y complementan, en el ámbito constitucional, los demás derechos reconocidos expresamente por la carta magna. A efectos de comparar el reconocimiento internacional de los derechos sociales, con la protección brindada por nuestra Constitución, los derechos consagrados en el PIDESC son los siguientes:

- El derecho a la alimentación, la seguridad alimentaria y la protección contra el hambre (artículo 11).
- El derecho a la vivienda, el vestido y un nivel adecuado de vida (artículo 11).
- El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental (artículo 12).
- El derecho a la seguridad social y el seguro social (artículo 9o.).
- El derecho a la educación (artículo 13).
- El derecho al trabajo (artículo 6o.).
- Los derechos laborales a la remuneración justa y digna, la seguridad e higiene en el trabajo, la igualdad de oportunidades, el descanso, el horario máximo de trabajo, las

¹⁶ STC 6546-2006-AA/TC, FJ 10-12.

vacaciones periódicas pagadas, la sindicación y la huelga (artículos 7o. y 8o.).

- El derecho a la protección de la familia (artículo 10).
- El derecho a la protección constitucional especial de grupos vulnerables: niños, adolescentes y madres (artículo 10).
- El derecho a la cultura y a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (artículo 15).

Como puede apreciarse, el PIDESC complementa nuestro ordenamiento constitucional, integrando a éste los derechos a la alimentación, la vivienda y la cultura que no aparecen registrados por nuestra Carta de 1993. A esto cabe añadir el rol de intérprete que le corresponde al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha recibido el encargo del Consejo Económico y Social de la ONU, de ser el órgano técnico especializado en desarrollar dogmáticamente estos derechos, así como la índole de las obligaciones que le corresponde a los Estados y de supervisar su cumplimiento a través de los informes periódicos y, más reciente, la posibilidad de recibir denuncias individuales de violación de derechos sociales, facultad implementada por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 10 de diciembre de 2008 mediante la resolución núm. A/RES/63/117.¹⁷ Las observaciones generales emanadas de este Comité constituyen la pauta más importante respecto a la definición de los alcances de los derechos sociales y ostentan la naturaleza de jurisprudencia internacional, seguida muy a menudo por las cortes y tribunales constitucionales en la solución de las controversias sobre derechos sociales.¹⁸

¹⁷ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor en mayo de 2013, tras ser aprobado por Uruguay.

¹⁸ Por ejemplo, en nuestro país el Tribunal Constitucional ha utilizado ampliamente la Observación General núm. 14 sobre el derecho a la salud, para resolver controversias que tienen que ver sobre todo con el derecho a la salud mental. Así, ha empleado este instrumento en la STC 3081-2007-PA/TC (FJ.

Dichas observaciones generales (OG) hasta el momento han abordado los siguientes temas:

- OG núm. 1. Presentación de informes por los Estados partes.
- OG núm. 2. Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto).
- OG núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto).
- OG núm. 4. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).
- OG núm. 5. Las personas con discapacidad.
- OG núm. 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- OG núm. 7. El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11): los desalojos forzosos.
- OG núm. 8. Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales.
- OG núm. 9. La aplicación interna del Pacto.
- OG núm. 10. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.
- OG núm. 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14).
- OG núm. 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11).
- OG núm. 13. El derecho a la educación (artículo 13).
- OG núm. 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 2o.).
- OG núm. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto).

28), en el caso *Ramón Medina Villafuerte* (STC 2480-2008-PA/TC, FJ. 10) y en el caso del *Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”* (STC 5842-2006-PHC/TC, FJ. 45).

En buena cuenta, más allá de los derechos sociales positivizados por el texto constitucional, en forma heterónoma o externa, se expanden otros derechos que hoy surgen del bloque de convencionalidad, expresión que alude a todo ese conjunto de tratados internacionales en materia de derechos humanos de la región.

1. *Derechos laborales*

En estricto, la Constitución desarrolla ocho artículos, unos con mayores detalles que otros, ubicados del artículo 22 al 29, fuera de otros preceptos implícitos establecidos a lo largo del texto.

A. *El trabajo como deber y como derecho*

El artículo 22 ha establecido una concepción bidimensional del trabajo: como un derecho y como un deber, por el primero se ha interpretado que su contenido esencial presupone dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y, por el otro, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Igualmente, dentro del derecho al trabajo se comprende a la *libertad de trabajo* y ella comprende la libre determinación de cada persona para dedicarse a una o más actividades que puede desplegar con el fin de afirmar la realización personal. De la misma forma, se ha interpretado el *contenido* de esta libertad afirmándose en detalle que no sólo comprende el derecho de toda persona a seguir la vocación que mejor responde a sus expectativas, esto es a la libre elección del trabajo, sino a la libertad para aceptar o no un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo.

En lo que atañe al deber al trabajo ha de entenderse que toda persona tiene entre sus obligaciones constitucionales la de trabajar con miras a afirmarse como persona en tanto este debe dignificarle al ser humano. De allí el fraseo del texto de que el trabajo “es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

B. Modalidad del trabajo. Su promoción

El artículo 23 vigente regula una serie de aspectos. Así se establece *ab initio* que el trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria por el Estado. Entre las responsabilidades que la Constitución le asigna al Estado con relación al trabajo tenemos las siguientes:¹⁹

- Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligatoriedad de establecer políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.
- Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.
- Proteger especialmente la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

C. Derecho a una remuneración

Los artículos 23 *in fine* y 24 prescriben que nadie está obligado a prestar servicios sin retribución remunerativa, y que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente como contraprestación por el servicio otorgado. De otro lado, se ha interpretado que la remuneración del trabajador es irrenunciable e intangible y sólo se podrá afectar las planillas del pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador. Igualmente la Constitución ha establecido que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador.

¹⁹ STC 0008-2012-PI/TC, FJ 19.

D. Jornada del trabajo y descanso remunerado

El artículo 25 ha establecido este derecho universal, precisando que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias, o cuarenta y ocho horas semanales como máximo, el promedio de horas trabajadas no pueden superar el máximo indicado.

Con relación a los descansos remunerados, el texto establece que los trabajadores tienen derecho a un descanso semanal y anual remunerado. Su disfrute y su compensación se vigila por ley o por convenio. Este texto, coincide con el artículo 2o., inciso 22, que dispone que toda persona tiene derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso.

E. Principios que rigen la relación laboral

El Tribunal Constitucional ha establecido, en relación con este precepto que los principios constitucionales que rigen la relación laboral son “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración o integración normativas”.

La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”.

Para hacer frente a ello, se afirman los principios protectores o de igualación compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma. Al respecto, el artículo 26 de la Constitución expresa una pluralidad de principios de dicha naturaleza.²⁰

Veamos los principios:

- *Igualdad de oportunidad sin discriminación.* Al respecto, este principio ha sido objeto de una ubérrima producción hermenéutica por el Tribunal Constitucional

²⁰ STC 0008-2005-AI/TC, FJ 23.

peruano. Baste con señalar, entre otros aspectos, que la igualdad de oportunidades laborales se encuentran resguardados cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: *a)* paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y *b)* paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para cada diferencia de trato.²¹

- *Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.* El Tribunal Constitucional ha aclarado en sendas jurisprudencias que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa.

La norma taxativa es aquella que ordena, dispone sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos de la relación laboral. En ese ámbito, el trabajador no puede “despojarse”, permutar o renunciar a los beneficios, facultades o atribuciones que le concede la norma.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas.²²

- *Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.* Sobre este

²¹ STC 2510-2002-AA/TC, FJ. 2.

²² STC 0008-2005-AI/TC, FJ. 24.

aspecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio *in dubio pro operario* hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *in dubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitablemente en un contenido incierto e indeterminado.²³

Por otro lado, la aplicación de este principio será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de “norma” abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etcétera.

La aplicación del referido principio *in dubio pro operario* está sujeta a cuatro consideraciones siguientes:²⁴

- Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquel que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de [este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

²³ STC 0008-2005-AI/TC, FJ. 21.

²⁴ *Idem*.

F. *Protección contra el despido arbitrario*

Existe un extenso desarrollo jurisprudencial en torno al artículo 27 que prescribe: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta cláusula en vigor contiene un “mandato al legislador” para regular la protección del trabajador “frente al despido arbitrario”. Se destacan aquí, según el Tribunal Constitucional, tres aspectos:

- Se trata de un “mandato al legislador”.
- Consagra un principio de reserva de la ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser “adecuado”, se está resaltando —aunque innecesariamente— que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador.²⁵

G. *Derecho de sindicalización, negociación colectiva y huelga*

El artículo 28 regula el epígrafe arriba anunciado. En efecto, el Estado reconoce los derechos siguientes:

- *Libertad sindical*. Entendida como aquella capacidad autodeterminativa para participar en la contratación y desa-

²⁵ STC 1124-2001-AA/TC, FJ. 12.

rollo de la actividad sindical. Esta libertad comprende, entre otros aspectos: el derecho a fundar organizaciones sindicales; el derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes, el derecho a la actividad sindical, el derecho de los sindicatos a ejercer libremente su actitud en defensa de los intereses de sus afiliados y, finalmente, el derecho a que el Estado no interfiera —salvo en los casos de violación de la Constitución o la ley— en las actividades de los sindicatos.

- *Fomento de negociación colectiva y la promoción y solución pacífica de los conflictos laborales.* Por el primero, se trata del acuerdo entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores con miras a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referentes a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y todo aquello que atañe las relaciones laborales: a su turno, la conciliación laboral constituye el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, en tanto estos tienen posturas opuestas entre sí. La Constitución habilita una forma de intervención a la solución pacífica del conflicto laboral en los supuestos de fracasos de las negociaciones colectivas; en este sentido, la conciliación significa la intervención de un tercero neutral que es el Estado.
- Finalmente, el artículo 28,3 garantiza el derecho de huelga, “[q]ue se ejerce en armonía con el interés social”, éste presupone la suspensión colectiva de la actividad laboral, se trata de un abandono, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores.

H. *Participación de los trabajadores en las actividades de la empresa*

El artículo 29 cierra el conjunto de disposiciones que la Constitución regula en materia de trabajo. En el presente caso

precisa que el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa, así como promueve otro tipo de participación.

2. *Derechos agrarios*

Aunque pueden haber diversas cláusulas constitucionales que indirecta o implícitamente revierten en temas agrarios, la Constitución le ha otorgado en términos explícitos un capítulo específico (capítulo II “Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas”). Así, en el artículo 88 se regula el régimen agrario, indicando la norma que el Estado apoya “preferentemente el desarrollo agrario”. El Tribunal Constitucional ha entendido que este desarrollo

incluye una amplia gama de actividades económicas sociales que buscan el desarrollo de las comunidades del país y sus integrantes generando oportunidades de progreso y bienestar dentro de las dinámicas de una economía lícita y permanente. Las actividades económicas priorizadas se vinculan con la producción agrícola, pecuaria, agroindustrial y forestal, que son preponderantes en las zonas productoras de coca así como la producción acuícola que está alcanzando importancia en algunas áreas de la selva alta. Dentro de estas actividades se destacan la agroforestería, reforestación y ecología y servicios comunales piscicultura, cultivos sostenibles de crianza de animales menores y ganadería entre otras actividades.²⁶

Igualmente, la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier otra forma asociativa y que la ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Finalmente, la cláusula 88 ha previsto que las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

²⁶ STC 0020-2005-AI y acumulados, FJ. 143.

La cláusula 89 regula el régimen de las comunidades campesinas y nativas indicando que estas comunidades tienen existencia legal con su correspondiente personería jurídica.

De la misma forma, la norma constitucional le diseñó expresamente el carácter de estas comunidades estableciendo que son autónomas en su organización en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo. A su turno la norma aclara que “la propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono”.

El artículo 89 concluye que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas. Al respecto, ya el TC, interpretando estas cláusulas ha señalado que dichas comunidades constituyen

el patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

El patrimonio cultural inmaterial... se manifiesta en las 1) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; 2) artes del espectáculo, 3) usos sociales, rituales y actos festivos, 4) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y 5) técnicas artesanales tradicionales.²⁷

Finalmente, cabe complementar que en los últimos tiempos, bajo el marco de una interpretación supraconstitucional o convencional y bajo el Convenio OIT 169, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de derroteros en materia de *consulta previa*, reconociendo que este derecho era una concretización del derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación (artículo 2o., inciso 17, de la Constitución). En tal sentido, definió que la consulta debía realizarse antes de

²⁷ STC 0042-2004-AI, FJ. 1.

emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural, para lo cual debe brindársele la información suficiente y en el momento oportuno. Asimismo, comprendió que la consulta legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales.²⁸

3. *Derechos asistenciales*

En el marco del artículo 1o. de la Constitución que establece el principio kantiano de que la persona es eje, centro y fin en sí mismo, la norma ha enfatizado que “la defensa de la persona humana y respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta cláusula ha sido interpretada de forma intermitente por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la dignidad de la persona humana se configura como un principio-derecho constitutivo de los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En este marco situacional se ubican en términos relevantes —fuera de los demás derechos de libertad— los atinentes a los derechos asistenciales y prestacionales que la Carta recoge.

Así, en lo que atañe al derecho asistencial, se trata de aquellas políticas estatales que el Estado despliega, a través de normas que se integran con el sector privado, con miras a afirmar condiciones dignas y decorosas para aquellas personas de mayor vulnerabilidad y cuyas metas son satisfacer las necesidades más urgentes.

Entre el marco de dichas políticas gubernamentales, la Constitución enuncia las siguientes:

²⁸ STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 35, 36; asimismo se puede consultar: STC 03343-2007-PA/TC (*caso Cordillera Escalera*); STC 0022-2009-PI/TC (*caso Tuanama I*); STC 0023-2009-PI/TC (*caso Tuanama II*); STC 0024-2009-PI/TC (*caso Tuanama III*); STC 0025-2009-PI/TC (*caso Tuanama IV*); STC 0027-2009-PI/TC (*caso Tuanama V*); STC 04611-2007-PA/TC (*caso Sawawo Hito*).

- *Política nacional de población.* Que tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsable; ello presupone que el Estado asegure los programas de educación y la información adecuada.
- *Derecho a la salud.* El artículo 7o. precisa que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. El Tribunal Constitucional ha explicitado, respecto a este tema una noción en torno a la salud, la que puede ser entendida

como el funcionamiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano. Es evidente que, como tal, constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.²⁹

Igualmente, respecto al contenido de la salud, precisa el Tribunal Constitucional que comprende

no solo el derecho al cuidado de la salud personal, sino también el acceso a condiciones mínimas de salubridad a fin de vivir una vida digna. Así, se afirma que el derecho a la salud abarca, por un lado, la atención de salud oportuna y apropiada, y, por otro, los factores que determinan la buena salud, tales como el agua potable, la nutrición, la vivienda y las condiciones ambientales y ocupacionales saludables, entre otros.³⁰

Por otro lado, el artículo 9o. del texto ha establecido la “política nacional de salud” y que ella la determina el Estado, específicamente el Poder Ejecutivo, la que norma y supervisa su aplicación, lo propio enuncia la norma que el Ejecutivo es responsable de diseñarla y conducirla

²⁹ STC 2945-2003-AA, FJ. 30.

³⁰ STC 2064-2004-AA, FJ. 2.

en forma plural y descentralizada a fin de facilitar a todos el acceso equitativos a los servicios de salud.

- *Protección del discapacitado*. Por su parte, el artículo 7o. *in fine* regula dicha protección: la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

4. *Derechos prestacionales*

La norma constitucional le ha deparado cuatro preceptos (artículos 10, 11, 12 y 14) en esta materia.

A. *Derecho a la seguridad social*

El artículo 10 prescribe que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a la contingencia que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. A partir de este enunciado de indudable carácter programático, el Tribunal Constitucional ha sentado toda una sólida jurisprudencia en esta materia como que “se trata de un derecho de configuración legal”.³¹ Así es como se configura este derecho a la seguridad social “como una garantía institucional”.³²

Por otro lado, si bien este derecho es de configuración legal, ello no le ha impedido al Tribunal Constitucional interpretar que también “en un derecho fundamental, que supone el derecho que le asiste a la persona para que la sociedad provea instituciones y mecanismos a través de los cuales puede obtener recursos de

³¹ STC 1396-2004-AA, FJ. 6.

³² STC 1417-2005-AA, FJ. 30.

vida y soluciones para ciertos problemas preestablecidos”.³³ De la misma forma, el Tribunal Constitucional ha establecido que la seguridad social tiene una doble finalidad: por un lado, protege a las personas frente a las contingencias de la vida, y por otro, eleva su calidad de vida, la cual se concreta a través de distintos regímenes de pensiones.³⁴

También se ha destacado que este derecho es de carácter progresivo,³⁵ y que el derecho pensionario forma parte de la seguridad social³⁶ y que constituye una prestación social básica³⁷ de carácter irrenunciable.³⁸

B. Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones

El artículo 11 establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo supervisa su eficaz cumplimiento.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha ido concretando y definiendo, de modo progresivo, el marco de los contenidos de estos derechos, aun cuando su desarrollo y profundización resulta ser todavía incipiente. Sin duda, entre los derechos sociales reconocidos en la Constitución el que más atención ha merecido del colegiado es el derecho a la salud.³⁹ Tempra-

³³ STC 0008-1996-AI, FJ. 10.

³⁴ STC 0174-2004-AA, FJ. 2.

³⁵ STC 0050-2004-AI, FJ. 64.

³⁶ STC 0638-2004-AA, FJ. 2.

³⁷ STC 0174-2004-AA, FJ. 4.

³⁸ STC 0394-2001-AA, FJ. 6.

³⁹ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha evolucionado en cuanto a la interpretación del carácter fundamental del derecho a la salud, a través de cuatro estadios: *a*) en primer lugar, en el caso *Juan Islas Trinidad y otros o caso del Penal de Challapalca*, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona (STC 1429-2002-HC/TC, FJ. 14); *b*) en

namente, en los casos *Azanca Alhelí Meza García*⁴⁰ y *José Luis Correa Condori*,⁴¹ el tribunal decidió la entrega del tratamiento antirretroviral para dos pacientes con la enfermedad del VIH, aun cuando no se había implementado la entrega de los mismos dispuesta en la ley. Luego, en el *caso Pablo Fabián Miguel Martínez*,⁴² el tribunal declaró la insuficiencia de las acciones estatales de recuperación de la calidad ambiental del Distrito de La Oroya, que afectaban gravemente la salud de la población y ordenó la implementación urgente de las medidas adecuadas. De forma posterior, en el *caso Ramón Medina Villafuerte*⁴³ y en la STC 3081-2007-PA/TC, el tribunal tuvo la oportunidad de desarrollar ampliamente el derecho a la salud mental y abordar distintos problemas en la política pública de este sector. En dichos casos determinó que debía seguir brindándose tratamiento médico hospitalario a dos pacientes con enfermedades mentales complejas, que requerían cuidados especiales y que carecían de familiares que se los brinden. Luego, en la misma temática del derecho a la salud mental en el caso del Instituto Nacional de Salud Mental “Honorio Delgado-Hideyo Noguchi”, el tribunal estableció los parámetros del consentimiento informado para el ingreso de pacientes psiquiátricos al centro de salud y verificó la adecuación de las instalaciones de este centro médico para

segundo lugar, en el *caso Azanca Alhelí Meza García* la salud es apreciada desde la óptica de los derechos sociales y se considera que su carácter de fundamental sólo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida (STC 2945-2003-AA/TC, FJ. 6); c) luego, en el *caso José Luis Correa Condori*, se dijo que dicha relación con otros derechos no era el que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba (STC 2016-2004-AA/TC, FJ. 5), y d) finalmente, en el *caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi*, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho (STC 5842-2006-PHC/TC, FJ. 48).

⁴⁰ STC 2945-2003-AA/TC.

⁴¹ STC 2016-2004-AA/TC.

⁴² STC 2002-2006-AC/TC.

⁴³ STC 2480-2008-PA/TC.

atender este tipo de enfermedades, en especial en lo referente al espacio separado para la atención de adolescentes, ordenando la modificación de ciertas áreas e infraestructura para la mejor atención en salud mental.⁴⁴ Por último, en el caso Andrea Cristina Dongo Coronado, el tribunal estableció la imposibilidad de suspender un tratamiento médico, basado en la mera presunción de afiliación irregular de un afiliado a Essalud.⁴⁵

C. Fondos de seguridad social

Este régimen se ubica en el artículo 12 en el que se determina que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. En cuanto al derecho a la seguridad social, el tribunal ha desarrollado este derecho a través de dos *leading cases*. En primer lugar, en el caso de la reforma del régimen pensionario del D.L. 20530, el tribunal convalidó la citada reforma que establecía una disminución progresiva de las pensiones en este régimen y que prohibía la nivelación de las pensiones y cerraba el citado régimen, con sustento en un principio de justicia distributiva y sostenibilidad del régimen pensionario.⁴⁶ Por su parte, en el caso Manuel Anicama Hernández, el tribunal estableció los ámbitos que corresponden al contenido protegido en la Constitución del derecho a la pensión, a efectos de exigir su tutela a través del proceso de amparo. Así, estableció que pertenecen a dicho contenido constitucional: el acceso al sistema de seguridad social, el acceso a la pensión, la verificación del monto asignado cuando éste estuviera por debajo del mínimo vital y la verificación del monto pensionario en situaciones de urgencia, como enfermedad o edad avanzada.⁴⁷ Por último, en el caso de la desafiliación del Sistema Privado de Pensiones y el retorno al Sistema Público de Pensio-

⁴⁴ STC 5842-2006-PHC/TC.

⁴⁵ STC 2034-2009-PA/TC.

⁴⁶ STC 0050-2004-AI/TC.

⁴⁷ STC 1417-2005-PA/TC.

nes, el tribunal estableció que el derecho a la libertad en la elección del sistema pensionario suponía que la información otorgada para la afiliación debía ser oportuna y suficiente, por lo que debía incluirse como causal de nulidad de la afiliación este requisito.⁴⁸

D. Derecho a la educación

En lo que respecta al derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 de la Constitución, el tribunal ha cuidado especialmente el preservar tanto la continuidad del servicio educativo, y la calidad del servicio, como contenidos básicos de este derecho. Así, en el *caso Feliciano Contreras Arana*, el tribunal dispuso la reincorporación de dos alumnos de educación primaria que fueron arbitrariamente suspendidos por falta de pago de su pensión de estudios.⁴⁹ Igualmente, en el *caso Flavio Roberto Jhon Lojas*, el colegiado determinó que la exigencia de continuidad en los estudios también era exigible a una universidad privada cuando ésta disponía de otros medios efectivos para realizar el cobro.⁵⁰ Finalmente, en el caso de las filiales universitarias, el tribunal ha establecido la suspensión de creación de nuevas filiales hasta que el Estado no garantice la creación de un organismo autónomo y suficientemente capacitado para llevar a cabo esta labor, vigilando así el sostenimiento de la calidad de la educación universitaria.⁵¹

III. DERECHOS CULTURALES

En los últimos tiempos se ha impuesto toda una revisión sobre las grandes bases en las que descansa la interpretación de la modernidad, y una de ellas comprende renovar el entendimiento de lo que es la Constitución a partir de los aspectos que ha

⁴⁸ STC 0014-2007-PI/TC.

⁴⁹ STC 4646-2007-PA/TC.

⁵⁰ STC 0607-2009-PA/TC.

⁵¹ STC 0017-2008-PI/TC.

planteado Peter Häberle sobre la teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. Aunque merece aclarar que la relación entre cultura y Constitución no se centra necesariamente en la regulación normativa de conceptos que vinculan el tema cultural; en el presente acápite se dará una ojeada panorámica a los derechos fundamentales que inciden en la cultura.

1. *Derechos medioambientales*

La Constitución prevé en el artículo 2,22 que toda persona tiene derecho “a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. El Tribunal Constitucional ha enunciado una conceptualización en torno al medio ambiente, destacando que

es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).⁵²

A su turno ha complementado que el medio ambiente, “entend[er] sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana”.⁵³

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha precisado el contenido de este derecho, el mismo que comporta

⁵² STC 0048-2004-AI, FJ. 27.

⁵³ STC 0048-2004-AI, FJ. 30.

el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.⁵⁴

Igualmente este derecho se expresa o tiene una faz reaccional y prestacional. Así, este derecho participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales como de los derechos prestacional.

En su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Desde luego, no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecta a este ambiente equilibrado, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un medio ambiente sano, esto sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan.⁵⁵

2. *Derecho al ocio*

La Constitución peruana no se encuentra huérfana de esta preocupación normativa. Así, en el artículo 2,22 regula que toda

⁵⁴ STC 0048-2004-AI, FJ. 17.

⁵⁵ STC 3510-2003-AA, FJ. 2C.

persona tiene derecho “...al disfrute del tiempo libre y al descanso”. Este enunciado se complementa con el derecho “a la paz y a la tranquilidad” que regula el citado artículo.

El Tribunal Constitucional ha garantizado la protección de este derecho en el ámbito laboral, pues

el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable. Es válido por ello concluir, también, en que las jornadas atípicas deberán ser razonables y proporcionadas según el tipo de actividad laboral, a fin de que el derecho al descanso diario sea posible.⁵⁶

3. *Derecho al deporte*

El texto ubica a este derecho omnicomprendivamente en el derecho a la educación, regulado en el artículo 14. Así, prevé que “la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje... la educación física y el deporte”.

4. *Derecho a la información*

La Constitución comprende diversas dimensiones relativas a la información. En estricto, el artículo 2,4 regula el derecho a la información; sin embargo, también se prevé (artículo 2,5) el acceso a la información, y en el artículo 2,6 la autotutela de la información personalizada o la información “sensible”.

El derecho a la libertad de información se encuentra dentro de otros segmentos conexos como la libertad de opinión, de expresión y difusión del pensamiento “mediante la palabra oral o escrita o la imagen”. El Tribunal Constitucional ha aclarado, que

⁵⁶ STC 4635-2004-AA, FJ. 20.

si bien la Constitución señala en su artículo 2, inciso 4, la existencia de “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”, en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público.⁵⁷

El Tribunal Constitucional ha desarrollado ampliamente “las libertades informativas”, sosteniendo que al tiempo que derechos subjetivos, son garantías institucionales del sistema democrático y, como tal, libertades preferidas.⁵⁸ El Tribunal Constitucional delinea una definición aclarando que (esta libertad) “se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables”,⁵⁹ y cuyo objeto

es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública.⁶⁰

Destaca en el marco hermenéutico de este derecho ciertos componentes: *i*) ámbito positivo-activo: la posibilidades de difundir noticias; *ii*) ámbito negativo-pasivo: la capacidad de las personas de recibir información (como leer un periódico o ver televisión), y *iii*) ámbito negativo-activo: que alude a la capacidad de la persona de poder acceder a la información (consagrada en el artículo 2,5) que la considere necesaria, en tanto es parte básica de su desarrollo personal y de su calidad de ciudadanos.⁶¹

⁵⁷ STC 2262-2004-HC, FJ. 13.

⁵⁸ STC 0905-2001-AA, FJ. 13.

⁵⁹ STC 2262-2004-HC, FJ. 13.

⁶⁰ STC 0905-2001-AA, FJ. 11.

⁶¹ STC 3119-2005-HD, FJ. 10.

5. *El derecho a la intimidad*

Ubicado explícitamente en el artículo 2,7 se regula en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar”. Este derecho se ve complementado en el mismo precepto, por otros derechos básicos: el derecho al honor, a la buena reputación, el derecho a la voz y a la imagen propia. El Tribunal Constitucional ha precisado que por medio de la intimidad

la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio desde la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social.⁶²

Vinculado a la intimidad, surge el concepto implícito del *derecho a la vida privada*; así, el colegiado constitucional ha enunciado que

la vida privada refleja un bien jurídico tutelado de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella, sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad), se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reduci-

⁶² STC 6712-2005-HC, FJ. 39.

do de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño.

...Únicamente a través del reconocimiento de la vida privada, la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírsele.⁶³

Con todo, este derecho, reconociéndole que tiene un “contenido esencial”, igualmente ostenta límites.

6. *Derecho a la migración*

Conocido en nuestro sistema como “libertad de tránsito”, lo regula el artículo 2,11: toda persona tiene derecho “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”.

Desde muy temprano en su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional delineó este derecho sosteniendo que la libertad de tránsito busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país. Dicho atributo, por otra parte, se encuentra también reconocido en los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyendo uno de los derechos de mayor implicancia en el ámbito de la libertad personal.⁶⁴

⁶³ STC 6712-2005-HC, FJ. 38.

⁶⁴ STC 3482-2005-PHC, FJ. 5.

7. *Diversidad lingüística y étnica*

Bajo el marco del multiculturalismo que hoy impone un enfoque más realista de los sistemas constitucionales de Latinoamérica, se ubica la diversidad lingüística que tiene el Perú, de allí que el texto peruano explícitamente ha señalado, en el marco del título II “Del Estado y la Nación”, el artículo 48 respecto a los idiomas oficiales. Así sostiene que “son idioma oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

De otro lado, la diversidad étnica late en todo su realismo social en el Perú contemporáneo; ello se aprecia no sólo de una clásica percepción de un Perú “occidente hispanohablante” o de un mundo andino “quechuhablante”, sino de una larga extensión del mundo amazónico donde predomina más de medio centenar de lenguas aborígenes. Esta realidad no puede dejar de reconocerlo el constituyente; de allí que se aprecian los siguientes textos constitucionales:

- Nadie puede ser discriminado por razón de origen e idioma: artículo 2,2.
- El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación: artículo 2,19.
- Toda persona tiene derecho a usar su propio idioma: artículo 2,19.
- Patrimonio cultural de la nación: artículo 21.
- Régimen de la nacionalidad: artículo 52.
- Promoción de la Amazonia: artículo 69.
- Régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas: artículos 88 y 89.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su momento ha señalado que el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en las: 1) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vínculo del patrimonio cultural inmaterial; 2) artes del espectáculo; 3) usos sociales, rituales y actos festivos; 4) conocimientos

y usos relacionados con la naturaleza y el universo, y 5) técnicas artesanales tradicionales.

El patrimonio cultural inmaterial que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad, y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.⁶⁵

IV. DERECHOS POLÍTICOS

De conformidad con el artículo 2o., inciso 17, de la Constitución, toda persona tiene derecho “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación”. Este mismo artículo agrega que los ciudadanos tienen, “conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”. Existe, pues, una reserva de ley para regular el contenido del derecho a la participación política (y de ley orgánica, para el caso de las consultas populares y de los procesos electorales, artículo 31), configurándose así como un auténtico “derecho de configuración legal”.

Este artículo debe ser concordado, en aras de una interpretación sistemática, con lo que se encuentra en el capítulo III del texto constitucional (“De los derechos políticos y de los deberes”), el primero de cuyos artículos conformantes sujeta el ejercicio de la ciudadanía a la mayoría de edad, que en nuestro caso se obtiene una vez cumplidos los dieciocho años (artículo 30). No menos crucial es la enumeración de los derechos políticos que contiene el artículo 31, las materias que se pueden someter a referéndum (artículo 32), las hipótesis de suspensión del ejercicio de la ciudadanía (artículo 33) y las restricciones al mismo (artículo 34). Finalmente, se encuentra el régimen constitucional de los partidos políticos, cuyo funcionamiento democrático

⁶⁵ STC 0042-2004-AI, FJ. 1.

y transparencia constituyen un imperativo que se desprende del artículo 35 de la Constitución.

Desde luego, lo que nuestra Constitución aquí establece es coherente con lo afirmado en sendos instrumentos internacionales. Es el caso de los artículos 20 y 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según los cuales, respectivamente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Lo propio cabe decir de los artículos 15 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señalan, en ese orden:

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.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) De 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, y

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que en su artículo 25 menciona bajo similar temperamento:

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.

La íntima relación que guarda el derecho a la participación política (y las posiciones jurídico-subjetivas que de él se desprenden) con el sistema democrático en su conjunto, permite afirmar la innegable relevancia, individual y colectiva, que el ejercicio de tal derecho reporta al Estado de derecho, así como a la formación de una auténtica ciudadanía.

En su interpretación sobre el particular, la Corte IDH ha establecido, en una línea jurisprudencial constantemente citada por el Tribunal Constitucional peruano, que el contenido de los derechos políticos comprende: el derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos (por medio de representantes libremente elegidos); el derecho a votar y a ser elegido (que son las dimensiones individual y social de la participación política),

y el de acceder a las funciones públicas (esto es, el acceso directo a la participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas, tanto para cargos de elección popular como por nombramiento o designación).⁶⁶ Pero más aún: que el Estado debe generar las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, “respetando el principio de igualdad y no discriminación”.⁶⁷ Y que si bien los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, éstos deben ser razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa.⁶⁸

Por lo demás, la Corte IDH no ha vacilado en afirmar que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”⁶⁹ y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades”. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.⁷⁰

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano entiende que el derecho a la participación política es “un derecho de contenido

⁶⁶ *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia del 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, párrafo 194.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 195.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 207. De igual forma, se pronuncia la Corte IDH en los casos *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184, párrafos 145 y 198, y *López Mendoza vs. Venezuela*, sentencia del 1o. de septiembre de 2011, serie 233, párrafo 106.

⁶⁹ *Caso Castañeda Gutman vs. México*, *cit.*, párrafo 143.

⁷⁰ *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *cit.*, párrafo 195. Para una aplicación práctica de los estándares interamericanos al respecto, puede revisarse el documento preparado por la CIDH: *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política en las mujeres en las Américas*, OEA, 2011, disponible en <http://www.cidh.org>.

amplio e implica la intervención de la persona en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad”, siendo que su esfera de irradiación no se limita a “la participación de la persona en el Estado-aparato o si se prefiere en el Estado-institución, sino que se extiende su participación en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado”.⁷¹

Asimismo, el tribunal ha comprendido de modo recurrente que el derecho de participación política admite una lectura amplia, según la cual no sólo cabe su ejercicio para propósitos no lucrativos, sino también para objetivos “que al revés de lo dicho sean lucrativos (no otra cosa representan los consabidos fines económicos)”.⁷²

También el tribunal ha dado contenido al *derecho de acceso a la función pública*. Así, su jurisprudencia ha comprendido que este derecho consiste en la “facultad de las personas para acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, es decir, en el ejercicio de una función pública”, y que su contenido está compuesto de los siguientes elementos: “a) Acceder o ingresar a la función pública, b) Ejercerla plenamente, c) Ascender en la función pública; y, d) Condiciones iguales de acceso”.⁷³

Por otro lado, el intérprete de la Constitución ha apreciado una íntima relación entre el derecho de acceso a la función pública y el *principio de mérito*, lo cual significa que

este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.⁷⁴

⁷¹ STC 05741-2006-PA/TC, fundamento 3.

⁷² STC 03978-2007-AA/TC, fundamento 6. En el mismo sentido, STC 09149-2006-AA/TC, fundamento 10.

⁷³ STC 0025-2007-PI/TC, fundamento 43.

⁷⁴ STC 03891-2011-PA/TC, fundamento 49.

Y agrega: el concepto de “función pública” debe distinguir la función pública “representativa” y “no representativa”: “[l]a función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada”, este último ámbito está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición.⁷⁵

La definición más completa podemos encontrarla en la siguiente cita de una sentencia constitucional:

El derecho de acceso a la función pública constituye un *derecho de participación*. Constituye así manifestación del *status activae civitatis*. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública.⁷⁶

Y si bien el tribunal reconoce que uno de los principales modos de afectación de este derecho ocurre cuando se vulnera el parámetro de la igualdad, lo cierto es que también

él puede ser lesionado directamente, por ejemplo, en los supuestos en que no se expide una norma que regula el acceso a una determinada función (imputable al legislador), o en los supuestos donde habiendo la norma de acceso a la función pública, la entidad administrativa que tiene la competencia de implementarla y, así, convocar al ejercicio de la función pública, es renuente al cumplimiento de tal convocatoria sin fundamento alguno.⁷⁷

⁷⁵ STC 03891-2011-PA/TC, fundamento 52.

⁷⁶ STC 0025-2005-AI/TC, fundamento 42.

⁷⁷ STC 0025-2005-AI/TC, fundamento 56.

Asimismo, para el tribunal no cabe duda que el derecho fundamental a ser elegido representante “es un derecho de configuración legal”,⁷⁸ lo que no implica que la ley llamada a precisar su contenido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad.

1. *Los derechos políticos en la Constitución*

Nuestra Constitución, al igual que la teoría política, refleja una equilibrio entre las dos concepciones que existen, en doctrina, en torno a la participación política, a saber: *a)* la teoría *elitista*, en virtud del cual los ciudadanos participan en la selección de las élites que ocuparán el poder, pero no deciden ni controlan la actividad gubernamental (democracia *representativa*), y *b)* la teoría *participacionista*, que ve en el ciudadano no sólo a un elector, sino también a un participante activo en las decisiones sobre la *res* pública (lo que implica, desde luego, crear mecanismos de *participación directa* para que ello ocurra).⁷⁹

Y esto es así en la medida en que su artículo 31, si bien parte de un modelo de democracia decididamente *representativa* (materializado, por ejemplo, en el reconocimiento del derecho a elegir a las autoridades de la nación), no obvia mencionar específicos mecanismos o modalidades de participación directa propios de una democracia *participativa*, tales como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas.

⁷⁸ STC 00030-2005-AI/TC, fundamento 27 b).

⁷⁹ Huerta Guerrero, Luis, “El derecho fundamental a la participación política”, *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 12, 1996, pp. 59-89. Sintéticamente, García Pelayo afirma que, mientras la democracia *directa* se caracteriza por la identidad existente entre gobernantes y gobernados, sin mediación entre el pueblo y el ejercicio del poder; la democracia *indirecta*, en cambio, transforma esa identidad en la “dualidad de representante y representado”, siendo que sólo la voluntad del representante vale jurídicamente como voluntad política de la nación (García Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos. Obras completas*, Madrid, CEC, 1991, t. II, p. 2007).

En las líneas que siguen, trataremos de dar contenido a cada uno de estos derechos fundamentales, desde la particular perspectiva de la jurisprudencia constitucional.⁸⁰

A. *El derecho a elegir a las autoridades*

El derecho a elegir a los representantes de la nación es un derecho fundamental cuyo contenido se entrelaza directamente con el derecho al voto, cuyas condiciones de ejercicio, como se dijo, el propio artículo 31 se encarga de precisar en detalle. Lo dice el propio tribunal en estos términos:

El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y cuarto párrafos del artículo 31o. de la Constitución), y su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30o. de la Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33 de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto.⁸¹

Varias son las notas que se obtienen de esta caracterización del derecho iusfundamental al voto: *a)* es *personal* (lo que equivale a decir que no puede ser ejercido por interpósita persona); *b)* es *igual* (por lo que cualquier restricción a su ejercicio debe ser evaluada bajo el imperio de principio *pro homine*); *c)* es *libre* (vale decir, no puede conminarse en la decisión, aunque la Constitución estatuye el voto obligatorio, facultando la imposición de sanciones administrativas por no acudir a las urnas, hasta el límite de los sesenta años de edad), y finalmente, *d)* es *secreto* (antes

⁸⁰ Francisco Miró Quesada Rada replanteó en el Perú los mecanismos de participación popular en su obra: *Democracia directa y derecho constitucional*.

⁸¹ STC 00030-2005-AI/TC, fundamento 63.

y después del acto de sufragio, lo que guarda coherencia con el artículo 2o., inciso 18, de la Constitución).⁸²

El ámbito de aplicación de este derecho excede de lo establecido en el artículo 31, una vez constatado que los cargos de elección popular se recogen en otros apartados de la Constitución: son los casos, por ejemplo, de la elección de los congresistas (artículo 90) y del presidente de la República (artículo 111); de las autoridades regionales (artículo 191) y municipales (artículo 194), y de los jueces de paz de elección popular (artículo 139, inciso 17).

Sin embargo, este derecho puede ser objeto de restricción, como es el caso de la *inhabilitación política*, en la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional,⁸³ o en el caso de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas, que si bien tienen derecho al voto y a la participación ciudadana, no se pueden postular a cargos de elección popular ni participar en actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro (artículo 34 de la Constitución).

B. *El derecho al referéndum*

El referéndum, se ha afirmado en doctrina, “es la institución de democracia directa utilizada para la aprobación o desapropa-

⁸² STC 00030-2005-AI/TC, fundamento 64.

⁸³ STC 03760-2004-AA/TC, fundamentos 19 y 20. Allí expresa: “La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.

Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza”.

ción de normas relacionadas con la vida política del país”, cuya realización “es facultativa, pero una vez efectuado, la decisión del pueblo tiene carácter vinculante”.⁸⁴

Su reconocimiento explícito, como se aprecia, se ubica dentro del artículo 31 de la Constitución, pero su regulación específica se encuentra en el artículo 32, que establece la posibilidad de someter a referéndum: *a*) la reforma total o parcial de la Constitución; *b*) la aprobación de normas con rango de ley; *c*) las ordenanzas municipales, y *d*) las materias relativas al proceso de descentralización. No obstante, existen asuntos que no pueden ser sometidos a dicho procedimiento, como este mismo artículo se encarga de precisar: *a*) supresión o disminución de derechos de la persona;⁸⁵ *b*) normas de carácter tributario y presupuestal, y *c*) tratados internacionales en vigor.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la institución que aquí comentamos ha sido objeto de una aproximación poco detallista y aún por profundizar. Lo demuestran las pocas sentencias que han interpretado su contenido y alcances, aunque no hay que desconocer que cuando ello ha ocurrido, ha sido en el contexto de casos especialmente polémicos y controvertidos.

El primero de ellos tuvo que ver con el intento de reforma constitucional operado por la Ley núm. 27600, publicada el 10 de diciembre de 2001, que facultaba a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República, a presentar un proyecto de reforma total de la Constitución. Se trata de la STC 0014-2002-AI/TC, y en ella el Tribunal Constitucional consideró que el referéndum era una de las vías

⁸⁴ Boyer Carrera, Janeyri, “Aproximaciones al contenido esencial del derecho de participación política”, *Pensamiento Constitucional*, núm. 13, año XIII, 2008, p. 383.

⁸⁵ Según apunta Huerta Guerrero, si bien la Constitución denomina “derechos fundamentales” sólo ubicados en el capítulo I de su título primero, cabe interpretar que la prohibición constitucional del referéndum alude a todos aquellos que se mencionan en el texto de la ley fundamental, vale decir, los derechos sociales y culturales, y los derechos políticos (Huerta Guerrero, Luis, *op. cit.*).

por medio de la cual se expresaba el pueblo, en tanto poder constituido, para reformar parcialmente la Constitución.⁸⁶

Por otro lado, en la STC 003-96-I/TC el Tribunal Constitucional con ocasión de analizar una ley que restringía el derecho al referéndum, comprendió a esta institución como

el procedimiento mediante el cual el pueblo o el cuerpo electoral decide en definitiva, y en forma directa algunas cuestiones relativas a la legislación; Que, mediante el referéndum el pueblo participa de la actividad constitucional, legislativa o administrativa; colaborando directamente en la formulación o reforma de una norma constitucional o legislativa o en la formación de un acto administrativo. De esta manera, las funciones del Gobierno son ejercidas en forma directa por el pueblo sin la intermediación de otras instituciones.⁸⁷

Desde este prisma, el Tribunal entendió que la norma impugnada era inconstitucional, por desnaturalizar las características del referéndum, pero finalmente la demanda fue declarada infundada, dado que no se obtuvieron los votos correspondientes para estimarla.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional también ha tenido la ocasión de analizar una iniciativa de referéndum en materia legislativa, en el denominado caso “FONAVI” (STC 01078-2007-PA/TC y RRTC 0518-2007-PA, 01078-2007-PA y 03283-2007-PA), en la que el tribunal, descartando que esta contribución tenga naturaleza tributaria, declaró la nulidad de la resolución del Jurado Nacional de Elecciones que impedía la realización del referéndum planteado por los fonavistas.

No han estado ausentes los supuestos de iniciativas de referéndum en asuntos de ámbito regional. Es el caso de la STC 0028-2005-AI/TC, en que se analizó una ley que supuestamente vulneraba el derecho al referéndum en materia de conformación de regiones. En esta causa, el tribunal expone la siguiente defini-

⁸⁶ STC 0014-2002-AI/TC, fundamento 85.

⁸⁷ STC 003-96-I/TC, sección “fundamentos”.

ción de este procedimiento de democracia directa: “Un referéndum puede ser considerado como una forma de encuesta general sobre una cuestión de índole general que merece una respuesta concreta por parte de la población. Es una votación oficial para asuntos especiales, donde la opinión del electorado es solicitada para un tema específico”.⁸⁸ A nivel infraconstitucional el derecho al referéndum se encuentra regulado en la Ley núm. 26300, Ley de Derechos de Participación Política y Control Ciudadanos.⁸⁹

C. *El derecho a la iniciativa legislativa*

La iniciativa legislativa popular puede ser definida como la atribución a una fracción del cuerpo electoral de “la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley formal”.⁹⁰ No obstante, no está claro en la doctrina si la naturaleza de este mecanismo de participación goza de naturaleza (sólo) subjetiva, o (también) institucional.⁹¹ Más claro, en todo caso, está el asunto de su distinto contenido, dependiendo del tipo de democracia en la que ella tenga lugar: directa, semi-directa o indirecta representativa.⁹²

En el caso de la Constitución peruana, el derecho a la iniciativa legislativa, como se tiene dicho, se encuentra en el artículo 31. Sin embargo, también se hace mención de ella en los artículos 107 (que brinda esta potestad al presidente de la República y a los congresistas, y a los otros poderes del Estado, “en las materia que le son propias”), y 206, que regula específicamente la iniciativa de reforma constitucional (que requiere un número

⁸⁸ STC 0028-2005-PI/TC, fundamento 4.

⁸⁹ Es preciso indicar que esta ley, publicada el 3 de mayo de 1994, fue restituida íntegramente en su vigencia mediante la Ley núm. 27520, publicada el 26 de septiembre de 2001.

⁹⁰ Fernández Ferrero, Miguel Ángel, *La iniciativa legislativa popular*, Madrid, CEPC, 2001, p. 20. El autor sigue a Biscaretti di Ruffia, en esta definición.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, pp. 24-27.

de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral).

Nuevamente, es la Ley núm. 26300, Ley de Derechos de Participación Política y Control Ciudadanos, la que especifica los requisitos y el procedimiento aplicable para la iniciativa legislativa, y a ella nos remitimos para su estudio más pormenorizado.

En efecto, ese procedimiento implica que,

una vez presentadas por los promotores ante el Congreso de la República requieren para su aprobación y promulgación, atravesar el procedimiento legislativo correspondiente a toda ley ordinaria como son: el estudio en comisión, publicación del proyecto, debate en el Pleno y promulgación. Aunque puede darse paso a una audiencia de los promotores o representantes de la iniciativa ante la Comisión de Estudio.⁹³

Sin embargo, se agrega en el artículo 16 de la ley en mención que

el Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación.

Desde la doctrina, se ha criticado que el modelo normativo de la iniciativa legislativa en nuestro país, permite que “si se cierra la puerta de la iniciativa de ley en los debates del Pleno, se abre la ventana del referéndum para el mismo proyecto”, lo cual implica “una degradación de la democracia representativa frente a la participativa”.⁹⁴

⁹³ Boyer Carrera, Janeyri, *op. cit.*, p. 388.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 389.

D. *El derecho a la remoción o revocación de autoridades*

La distinción entre las nociones de “remoción” y “revocación” de autoridades, no obstante estar reconocidos como derechos directamente estatuidos en la Constitución, no es una que se defina a nivel constitucional, sino más bien a nivel legal.

En efecto, según reza el artículo 20 de la Ley núm. 26300, la *revocatoria* es el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos a tres tipos de autoridades: a) alcaldes y regidores; b) presidentes regionales, vicepresidentes regionales y consejeros regionales, y c) jueces de paz que provengan de elección popular”. En consecuencia, según la ley, se *revoca* “a las autoridades que son producto de una elección popular conforme al dispositivo constitucional”.⁹⁵

En cambio, según el artículo 27 de la citada ley, 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”; esto es, se trata de un derecho cuyo ejercicio recae sobre “las autoridades que se encuentran en el cargo por designación del Gobierno Central o Regional en la jurisdicción regional, departamental, provincial y distrital”.⁹⁶

Varias son las críticas que se han cernido sobre el mecanismo de participación directa de la revocatoria, previsto en el artículo 31 de la Constitución.⁹⁷ Y es que si bien no se cuestiona la

⁹⁵ *Ibidem*, p. 390.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 391.

⁹⁷ Con toda seguridad, ese debate se ha visto avivado a propósito del procedimiento de revocatoria al que fue sometida la máxima autoridad edil de la capital peruana, la actual alcaldesa de la Municipalidad Metropolitana de Lima, consulta que fue llevada a cabo el 17 de marzo de 2013, y que ha motivado la presentación de una serie de Proyectos de Ley con el objeto de regular de forma más adecuada este mecanismo popular (véanse, entre otros, los Proyectos de Ley núms. 1225-2011-CR, presentado el 7 de junio de 2012; 1690-2012-CR, presentado el 8 de noviembre de 2012; 2035-2012-CR, presentado el 25 de

no exigencia de prueba alguna de la motivación ciudadana para solicitar la consulta,⁹⁸ en cambio sí se considera excesivo que se confiera al ciudadano el poder de revocar a sus autoridades “constantemente”.

Según el diseño legal previsto en la Ley núm. 26300, la revocatoria de una autoridad elegida “sólo procede una vez en el período de mandato, excluyendo la posibilidad de presentarla en el primer y último año, salvo el caso de los jueces de paz” (artículo 21). Por otro lado, en una de sus disposiciones más controvertidas, el artículo 23 de la ley dispone que para revocar a la autoridad se requiere la mitad más uno de los votos válidos siendo necesario; para que proceda la revocatoria, que por lo menos el 50% de los electores hábiles del padrón electoral hayan asistido a las urnas. Finalmente, el artículo 25 dispone que sólo se convoca a nuevas elecciones “únicamente si se confirmarse la revocatoria de más de un tercio de los miembros del Concejo Municipal o del Consejo Regional”.

E. El derecho a la rendición de cuentas

Como una alternativa a los derechos antes mencionados (de revocación y remoción de autoridades), existe la denominada “demanda de rendición de cuentas”, que puede ser activada contra quienes ocupan cargos sujetos a tales procedimientos, con el objeto de “interpelar a las autoridades respecto a la ejecución presupuestal y el uso de recursos propios” (artículo 31 de la Ley núm. 26300).

marzo de 2013, y los Proyectos de Ley núms. 2079-2012-CR y 2087-2012-CR, presentados el 4 de abril de 2013).

⁹⁸ Y es que, a decir de Boyer Carrera, si se exigiera a estos ciudadanos dicha acreditación, se requeriría en algunos casos la sentencia emitida luego de un largo proceso penal o civil (Boyer Carrera, Janeyri, *op. cit.*, p. 390). En consonancia con ello, el artículo 21 de la Ley núm. 26300 dispone que “[l]a solicitud de revocatoria se refiere a una autoridad en particular, es fundamentada y no requiere ser probada”.

A tal fin, el requisito que se debe cumplir es que la demanda sea solicitada cuando menos por el 10% con un máximo de 25000 firmas de la población electoral con derecho a voto en la respectiva circunscripción territorial (artículo 34 de la ley). Planteado el pliego interpelatorio, la autoridad debe responder dentro de los 60 días calendario (artículo 35), siendo su obligación publicar el pliego y la respuesta al mismo (artículo 36).

2. *El proceso electoral*

En la STC 05448-2011-PA (*caso Percy Zevallos Fretel*), el Tribunal Constitucional, partiendo de lo previsto en la Ley núm. 26859, Ley Orgánica de Elecciones, ha clasificado las etapas en las cuales puede dividirse el proceso electoral, entendido éste como

el conjunto de etapas con efectos perentorios y preclusivos que tienen como fin el planeamiento, la organización, ejecución y realización de los distintos procesos electorales previstos en la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, incluida la posterior acreditación de los elegidos de acuerdo a lo manifestado en las urnas,

cuyo respeto en su conjunto “es una garantía del Estado Democrático Constitucional de Derecho que tiene como fin la estabilidad democrática”.⁹⁹

Tales etapas son, a decir del Tribunal, las siguientes: *i*) convocatoria; *ii*) actividades concernientes al sufragio; *iii*) proclamación de los resultados.

La primera de ellas (convocatoria) tiene como fin

permitir el ejercicio del derecho a participar en la vida política de los ciudadanos según los límites establecidos por ley (artículo 2.17 de la Constitución), para de esta manera asegurar que tanto

⁹⁹ STC 05448-2011-PA/TC, fundamento 19.

las personas como los partidos que deseen postular lo hagan respetando los parámetros de la Constitución y las leyes electorales; asimismo, para que la ciudadanía en general identifique a los candidatos y además tengan certeza de que a la hora de la votación dichos candidatos se encuentran habilitados.¹⁰⁰

Por su parte, la segunda etapa (el sufragio), persigue que “la acción de votar de los ciudadanos se lleve de una manera organizada y pacífica, la principal función del JNE sería [f]iscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio (artículo 5o., inciso b de la LOJNE)”.¹⁰¹

Finalmente, la fase de proclamación de resultados, en la concepción del Tribunal Constitucional, es aquella que, produciéndose inmediatamente después de las elecciones, tiene por objetivo “lograr que el escrutinio sea reflejo exacto de la voluntad del elector expresada en las urnas mediante la votación directa, así como la acreditación de los elegidos”.¹⁰²

3. *Partidos políticos*

De conformidad con el artículo 35 de la Constitución, los ciudadanos pueden ejercer sus derechos “individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley”. Y precisa: “Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”, siendo que “su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica”.

Este mismo artículo se preocupa por dejar a la ley todo lo concerniente a la garantía del “funcionamiento democrático de los partidos políticos” así como “la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma

¹⁰⁰ STC 05448-2011-PA/TC, fundamento 22.

¹⁰¹ STC 05448-2011-PA/TC, fundamento 23.

¹⁰² STC 05448-2011-PA/TC, fundamento 24.

proporcional al último resultado electoral general” (artículo 35, segundo párrafo, de la Constitución,).

En la definición del Tribunal Constitucional, la finalidad de los partidos políticos consiste en canalizar

la fragmentación sustancialmente aminorada y encausada, a efectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias,

todo ello en un contexto connatural a toda sociedad, de “pluralismo ideológico y social”.¹⁰³

A partir de allí, define el Tribunal Constitucional, resulta claro que los partidos políticos

tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país.¹⁰⁴

V. GARANTÍAS

Desde el Primer Coloquio que se desarrollara en Heidelberg, en donde se acuñara la idea de que la jurisdicción constitucional constituye todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución, a la actualidad, ha pasado mucha agua bajo el puente. Actualmente, la jurisdicción constitucional se concibe no sólo como un medio jurídico de defensa del texto constitucional, sino como un ver-

¹⁰³ STC 0030-2005-AI/TC, fundamento 12.

¹⁰⁴ STC 0030-2005-AI/TC, fundamento 13.

dadero medio de control jurisdiccional de los excesos del poder y de garantizar la vigencia efectiva de las libertades y derechos; ello se materializa a través del logro del consenso social y de la configuración de la sociedad con base en los valores, principios y derechos que la Constitución encarna.

El Perú, en rigor, cuenta desde la anterior Constitución de 1979 y reafirmada con la actual carta de 1993 con un modelo que aquí le denominamos *dual o paralelo*.

En nuestro modelo de jurisdicción constitucional, los órganos que imparten justicia constitucional son dos: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Ambos gozan, en materia de *procesos constitucionales*, tanto de la potestad de conocer exclusivamente determinados procesos, como de conocerlos de forma compartida. Así, el Poder Judicial conoce, de modo exclusivo, el *proceso de acción popular*; mientras el Tribunal Constitucional conoce exclusivamente del *proceso de inconstitucionalidad* así como del *proceso competencial*. Por su parte, ambos órganos conocen de los procesos de tutela de derechos, como el *proceso de hábeas corpus*, el *amparo*, el *hábeas data* y el *proceso de cumplimiento*, siendo el Tribunal Constitucional el órgano jerárquicamente superior en esta materia, pues resuelve estos procesos en última y definitiva instancia, ante las resoluciones denegatorias emitidas por el Poder Judicial.

1. *Tribunal Constitucional*

Aunque los antecedentes primigenios de los tribunales constitucionales dimanen de la vieja propuesta planteada por Immanuel Sieyès a través de su *Jury Constitutionnaire*, es con el planteamiento de Kelsen y el influjo que su propuesta tuvo en la creación del Tribunal Constitucional austriaco de 1920, que los tribunales constitucionales aparecen en el firmamento de los organismos jurisdiccionales creados con un fin específico: la *defensa de la Constitución*. Desde entonces, la literatura que da

cuenta sobre los alcances de esta institución es ubérrima y la dedicación que a su estudio se efectúa en las cátedras de derecho constitucional y/o derecho procesal constitucional es cada vez mayor. Con todo, el propio Tribunal Constitucional peruano se autopercibe en torno a sus funciones, señalando:

... [E]l artículo 201o. de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional ‘es independiente y autónomo’ en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201o., 202o. de la Constitución y 1o. de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de ‘órgano de control de la Constitución’ (artículo 201o. de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven...¹⁰⁵

El Tribunal Constitucional es un órgano independiente del Poder Judicial, es decir, no se encuentra adscrito a ningún otro poder del Estado, sino que, siguiendo el impulso kelseniano, la Constitución peruana lo consagra como un órgano independiente de los tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Es el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente, y se compone de siete miembros elegidos por cinco años por el Congreso de la República (artículo 201). Sus funciones esenciales son cuatro, a saber: “1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley” (artículo 202).

En su propia autopercepción, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, siendo él la última y/o única instancia en la tramitación de los procesos constitucionales que figuran en la Constitución para la protección de los derechos fundamentales y la

¹⁰⁵ STC 00030-2005-PI, fundamento 52.

garantía de su supremacía normativa, entonces resulta que al interior del Poder Jurisdiccional “el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo”.¹⁰⁶

Así pues, al interpretar la Constitución con la fuerza que le es inherente, el Tribunal Constitucional comprende que mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, “se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional”, de modo tal que,

en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal.¹⁰⁷

Finalmente, en la medida en que el Tribunal Constitucional, con relativa frecuencia, debe hacer frente a conflictos de trascendencia social y política, cabe afirmar que

el reconocimiento del Estado Social y Democrático de Derecho como un espacio plural para la convivencia, hace posible que la labor del máximo intérprete de la Constitución sea la de un auténtico componedor de conflictos sociales, función que se canaliza, en forma institucional, a través de los procesos constitucionales.¹⁰⁸

2. *Noción de procesos constitucionales*

Aunque con anterioridad nuestro modelo de jurisdicción constitucional identificaba a los instrumentos procesales de tute-

¹⁰⁶ STC 0030-2005-AI/TC, fundamento 46.

¹⁰⁷ STC 02409-2002-AA/TC, fundamento 1.

¹⁰⁸ STC 0048-2004-AI/TC, fundamentos 2, 3 y 7.

la de derechos fundamentales como *garantías constitucionales*, hoy y a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional se le identifica como *procesos constitucionales*. Así, el Tribunal Constitucional ha conceptualizado que:

El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el artículo II del Título Preliminar del CPCo, el cual, a la letra, dice: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas (artículo 2o. del CPCo).¹⁰⁹

3. *La jurisdicción constitucional de la libertad*

Está integrada por cuatro procesos constitucionales: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento.

A. *El hábeas corpus*

Se trata de uno de los antiquísimos instrumentos procesales de raigambre histórica y que se configura como el remedio *non plus ultra* para la tutela de la libertad personal, en sus diversas manifestaciones.

En este contexto, a partir del delineamiento del legislador positivo (C.P.Const.) que ha acogido una concepción amplia y

¹⁰⁹ STC 002877-2005-HC, fundamento 5.

no restrictiva de los *contenidos sustantivos* que tutela el hábeas corpus; esto es, ya no sólo como un remedio para la defensa de la libertad física o ambulatoria, sino como un instrumento protector de los derechos conexos a la libertad individual. Así, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando a través de la interpretación constitucional una serie de *contenidos constitucionales* que, finalmente, tendrían encaje dentro del manto protector del hábeas corpus. Ha dicho, por ejemplo, lo siguiente:

Si bien el hábeas corpus en su origen histórico surge como remedio contra aprehensiones ilegales, representando la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*, su desarrollo posterior lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él. Su ámbito de acción es básicamente de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. Incluso, en la actualidad, algunas figuras del hábeas corpus abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos de índole distinta. [Cfr. Exp. No. 2663-2003-HC/TC].¹¹⁰

Por otro lado, el Tribunal Constitucional recoge parte de los antecedentes del hábeas corpus y se pronuncia sobre la antigua concepción clásica que existía en torno a ella.

Desde antigua data, la libertad (como estado natural de una persona) ha sido uno de los atributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supuso que la libertad sea objeto de protección y tutela frente a las privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto de *hómīne libero exhibendo* el cual constituyó una especie de “acción popular”, ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus

¹¹⁰ STC 06936-2005-PHC, fundamento 2.

ha sido catalogada como la *percepción clásica* de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*.¹¹¹

Dentro de este desarrollo conceptual del hábeas corpus, el Tribunal Constitucional ha venido insistiendo en “otros” *derechos conexos* a la tutela de la libertad. Veamos:

...Que, sobre la base de tal reclamación, este Colegiado considera pertinente recordar el carácter especial del proceso constitucional del habeas corpus, que según la Norma Fundamental, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos [artículo 200º, inciso 1) de la Constitución]. Por tanto, siendo el habeas corpus un mecanismo procesal expeditivo, sumarisimo y de tutela urgente que protege la libertad personal y derechos conexos a ella [entre otros, aquellos previstos en el artículo 25o. del CPCo], su ámbito de protección como garantía constitucional no puede ser, bajo ningún supuesto, desnaturalizado... Que, como se aprecia, hoy en día el proceso de habeas corpus se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como —y esto también es de relevancia— para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, e incluso la salud de las personas...¹¹²

Desde otra perspectiva, el Tribunal Constitucional, además de reconocer los derechos conexos a la libertad, enfila, aunque de modo tangencial, la naturaleza de este instituto, descartando el ca-

¹¹¹ STC 3509-2009-PHC, fundamento 2.

¹¹² RTC 3200-2009-PHC, fundamento 2.

rácter de procedimiento formal, y afirmando su función expeditiva y apremiante, tocando así su verdadera naturaleza sumarísima.

...Como se aprecia, hoy en día el PHC se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como —y esto también es de relevancia— para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y tal como se expondrá más adelante, incluso la salud de las personas, sobre todo en caso de aquellos que sufren problemas de enfermedades mentales. La dimensión tutelar del PHC exige al juez constitucional no una función pasiva o formalista sino por el contrario una actuación expeditiva y apremiante que, sostenida en la vocación de protección de bienes constitucionales tan preciados, identifique adecuadamente el fundamento o la razón de una demanda, así como los derechos afectados, de modo tal que pueda prevenir su vulneración o de ser el caso reparar con la mayor prontitud la afectación que se estuviera produciendo...¹¹³

...El proceso constitucional de hábeas corpus es de naturaleza netamente excepcional, dirigido a tutelar la libertad individual de la persona y evitar que ésta sea recortada o perturbada indebidamente por autoridad, funcionario o persona alguna...¹¹⁴

B. *El amparo*

El amparo ingresa a nuestra jurisdicción constitucional a través de la Constitución de 1979; si bien hoy la historiografía rescata versiones antiguas como modernas que precedieron al amparo constitucional, tales como los viejos *interdictos novoandinos*, tanto como los procesos de hábeas corpus que se tramita-

¹¹³ STC 5842-2006-PHC, fundamento 6.

¹¹⁴ STC 1560-2005-PHC, fundamento 8.

ron en la vía civil para tutelar derechos fundamentales distintos a la libertad individual. El Tribunal Constitucional peruano ha venido realizando una impresionante creación pretoriana asimilando lo más graneado de jurisprudencias ecuménicas que hoy conforman el cosmopolitismo del Estado constitucional contemporáneo. Y no sólo ello, sino que el Colegiado Constitucional se ha tomado la licencia de desarrollar, vía los *obiter dicta* de las sentencias, parte de las complejas categorías conceptuales que hoy vertebran la autonomía conceptual del amparo peruano. Así, el Tribunal Constitucional describe la siguiente noción de lo que es el amparo:

[El proceso] de amparo es una garantía destinada a proteger los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado; su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional, y su naturaleza es restitutiva y no declarativa de derechos. El amparo no es un proceso constitucional mediante el cual se pueda declarar un derecho ni hacer extensivos los alcances de una norma legal a quienes no están expresamente comprendidos en ella...¹¹⁵

Igualmente y siguiendo el carril de categorías conceptuales el Tribunal Constitucional tomando como eje las regulaciones del Código precisa el *thelos* de este proceso constitucional:

El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales.¹¹⁶

¹¹⁵ STC 01875-2004-PA, fundamento 2.

¹¹⁶ STC 00023-2005-PI, fundamento 13.

C. *El hábeas data*

Debido a la creciente importancia que en el mundo globalizado ha alcanzado la información, hoy nuestra sociedad ha sido calificada significativamente como una *sociedad de la información*. En este tipo de sociedad, las tecnologías de la información, a la par de constituir elementos útiles para el desarrollo, se constituyen también en riesgos potenciales para determinados derechos fundamentales. La intimididad, el derecho al honor y la dignidad humana rozan constantemente con la libertad informativa que hoy a través de la Internet trasciende fácilmente las fronteras nacionales. Para proteger a la persona contra el uso indiscriminado de la información personal, en el derecho comparado existe la figura del hábeas data que en nuestro país también ha sido incluido en el catálogo de procesos constitucionales por el constituyente de 1993. Por otro lado, este proceso ha sido habilitado para proteger un derecho de raigambre más tradicional y que resulta imprescindible en toda sociedad democrática: el derecho al acceso a la información. Veamos cómo el Tribunal Constitucional ha delineado estos dos ámbitos de protección del proceso de hábeas data.

El hábeas data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que toda persona tiene derecho 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 el pedido. Se exceptúan por ley o por razones de seguridad nacional; [y que]... los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no deben suministrar informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

De este modo, la Constitución protege a través del proceso de hábeas data tanto el derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública, como el derecho a mantener en reserva la informa-

ción que pueda afectar su intimidad personal y familiar (autodeterminación informativa).¹¹⁷

En cuanto a su objeto, ha interpretado el Tribunal Constitucional:

El proceso de hábeas data tiene como objetivo principal, según la Constitución, la protección “... contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución”.

Y es justamente el artículo 2, inciso 5) de la Norma Fundamental el que está en juego en esta oportunidad:

“Toda persona tiene derecho 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 el 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”.

Una regulación más específica de la materia del acceso a la información pública puede encontrarse en el Código Procesal Constitucional, que la trata sobre todo en el artículo 61 inciso 1).¹¹⁸

Sin embargo, como todo proceso constitucional, el de hábeas data también debe satisfacer una serie de requisitos para su procedencia. El Tribunal lo expresa en los siguientes términos:

Según la normatividad sobre la materia, aparte de la existencia de un documento de fecha cierta, sin que ello suponga agotar la vía previa administrativa (artículo 62 del Código Procesal Constitucional), lo que sí es necesario para que proceda la entrega de

¹¹⁷ STC 10614-2006-PHD, fundamentos 2 y 3.

¹¹⁸ STC 09478-2006-PHD, fundamento 1.

información es que la realice el que efectivamente tenga o deba tener tales datos, tal como el propio artículo 61, inciso 1) del Código Procesal Constitucional señala:

“...toda persona puede acudir a dicho proceso para acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material”.

Es decir que el emplazado por el afectado deba haber generado, producido, procesado o poseído tal información. Incluso, tal como este Colegiado lo ha señalado en la sentencia del Expediente No. 7440-2005-PHD/TC, como parte de los fundamentos 8 al 10, si bien la entidad demandada puede no haber tenido la información solicitada, está obligada a entregarla al ciudadano siempre y cuando ella haya debido tenerla o detenerla.¹¹⁹

D. *El proceso de cumplimiento*

Si bien en la doctrina se consideró desde su inclusión en el texto constitucional de 1993 al proceso de cumplimiento no como un proceso constitucional *strictu sensu*, dado que no protegía ningún *derecho constitucional líquido*, sino como un “proceso constitucionalizado”, posición que también compartió en su momento el Tribunal Constitucional, hoy el Colegiado ha inflexionado dicha postura y ha afirmado que el proceso de cumplimiento sí protege un derecho fundamental concreto, que ha denominado “derecho a la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”. Lo dice el propio Tribunal con estas palabras:

¹¹⁹ STC 09478-2006-PHD, fundamento 3.

El control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.

Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3o., 43o. y 45o. de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65o. del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

En efecto, el inciso 6o. del artículo 200o. de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3o. y 43o.),

el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38o.) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51o.) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia.¹²⁰

En dicha línea, el Tribunal Constitucional peruano ha sintetizado la finalidad del proceso de cumplimiento, declarando que, de acuerdo a la normativa procesal vigente, su objeto es:

El proceso de cumplimiento previsto en el inciso 6), artículo 200o., de la Constitución de 1993, y en el artículo 66o., del Código Procesal Constitucional, tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad público renuente: 1) dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o 2) se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. Así, lo que se busca obtener con este proceso es asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y los actos administrativos.¹²¹

4. *La jurisdicción constitucional orgánica*

Está integrada por tres procesos constitucionales: el proceso de inconstitucionalidad, el proceso competencial y la acción popular; los dos primeros de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y el último es de competencia del Poder Judicial.

A. Proceso de inconstitucionalidad

No cabe duda que la justicia constitucional bajo la inventiva de Kelsen, fue precisamente creada para ejercer la labor de

¹²⁰ STC 0168-2005-PC, fundamentos 5 al 11.

¹²¹ STC 03410-2006-PC, fundamento 2.

legislador negativo, y ello se aprecia en la propia construcción escalonada de la estructura jerárquica del orden jurídico que Rudolf Smend diseñara y que Kelsen se encargó de darle el acabado arquitectónico. Bajo estos marcos y premisas es que hoy en los tribunales constitucionales y con distintos *nomen iuris* se perfila el proceso cuyo control abstracto para nulificar las leyes es en nuestro caso el llamado “proceso de inconstitucionalidad”, y que en torno a esta figura procesal descansa acaso una de las grandes columnas en la construcción de los Estados contemporáneos: los *controles interórganos* de que hablaran en su momento Karl Loewenstein y Manuel Aragón, entre otros. Veamos nuevamente cómo el Tribunal Constituyente ensaya conceptualizaciones y que si bien corresponde a la ciencia procesal constitucional diseñarlos, ello como reiteramos, no impide al Tribunal hacer una labor de catequesis, al aprovechar en la estructura interna de las sentencias los *obiter dicta* para divulgar conceptos como los que a continuación siguen.

Así, por ejemplo, en lo que se refiere a su noción, el Tribunal Constitucional ha definido que:

Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado a este Colegiado el control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley. Se trata de un control abstracto de normas que se origina no en función de un conflicto de intereses concretos, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo el acomodo a la Constitución de la norma de decisión, sino simplemente en una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular. En consecuencia, se trata de un proceso objetivo, ya que los legitimados no adoptan la posición estricta del demandante que llega a la instancia a pedir la defensa de un derecho subjetivo, sino que por el contrario actúan como defensores de la supremacía jurídica de la Constitución. Es decir, estamos ante un procedimiento que tiene como propósito, *prima facie*, el respeto de la regularidad en la producción normativa al interior del ordenamiento jurídico, lo que sólo acontece si no se vulnera la supremacía de la Cons-

titución, de la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, también tiene una *dimensión subjetiva*, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.¹²²

Con mayor claridad aún, ha señalado el intérprete de la Constitución, lo siguiente:

Es necesario precisar que, a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro en la medida en que es la *lex legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

En principio, la inconstitucionalidad de una ley se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control y a la Constitución, y no porque una de ellas colisione con otra de su misma jerarquía o la viole. Esto es así, puesto que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia que se resuelve conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v. g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que en una acción de inconstitucionalidad es intrascendente que una ley determinada colisione con otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante.¹²³

¹²² STC 0007-2007-PI, fundamentos 10 y 11.

¹²³ STC 0032-2004-AI/TC, fundamentos 2 al 4.

En lo que respecta a su *finalidad*, el Tribunal Constitucional ha ensayado la siguiente definición:

La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.¹²⁴

Por otra parte, es del caso mencionar que, en las últimas décadas, el control de la constitucionalidad de las leyes no sólo ha tenido en cuenta el carácter abstracto y por ende de una presunta y exclusiva dimensión objetiva; sino que hoy los tribunales constitucionales no sólo analizan el parámetro del control a través del clásico silogismo lógico: norma mayor, ley y luego el fallo, en tanto la norma infraconstitucional guarde lealtad a la fuente formal o material de la Constitución; sino que también hoy se tiene en cuenta la llamada dimensión subjetiva que vincula ya no a un análisis abstracto sino de la concreción real, del impacto, de las afectaciones *intuitu personae*, etcétera. Desde este prisma, ha podido decir el Tribunal en su jurisprudencia:

...[E]l proceso de inconstitucionalidad, si bien es de naturaleza abstracta, tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva. En reconocimiento de ello, se debe ejercer un control de constitucionalidad acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que éste no se reduce a un nuevo examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional, que comprende la tutela objetiva de la Constitución y la tutela subjetiva de los derechos fundamentales...¹²⁵

¹²⁴ STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI, fundamento 19.

¹²⁵ RTC 00020-2005-PI, fundamento 5, resolución del 8 de agosto de 2005.

Así pues, razona y concluye el Tribunal Constitucional, en relación con la doble dimensión (subjettiva y objetiva) del proceso de inconstitucionalidad, lo siguiente:

...[S]on constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas.

Tal constatación evidencia que a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjettiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjettivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas.¹²⁶

Finalmente, tal como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad está reservada a ciertos órganos y sujetos taxativamente señalados en el artículo 203 de la Constitución. A la letra, dicha norma establece:

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: 1. El Presidente de la República; 2. El Fiscal de la Nación; 3. El Defensor del Pueblo; 4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas; 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; 6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provincia-

¹²⁶ STC 00020-2005-PI, fundamentos 17 *in fine* y 18.

les con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia;
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Como se puede ver, el artículo en comento no sólo establece quiénes están legitimados para interponer una demanda de inconstitucionalidad, sino que también alude a los requisitos que ellos deben satisfacer previamente, cuando ello corresponda. A lo más, cabe añadir que, en relación con la legitimación del presidente de la República, el artículo 99 del C.P.Const. señala que se “requiere del voto aprobatorio del Consejo de Ministros”.

B. *Proceso competencial*

La versión original de la Constitución al regular los procesos constitucionales le diseña el *nomen iuris* de *conflicto de competencia o atribuciones* (artículo 202.3) y así fue desarrollado por la antigua Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, el Código Procesal Constitucional lo identifica actualmente en el título IX simplemente como proceso competencial; es por eso que la primera conceptualización que el TC realiza es la que precisa que el *conflicto de competencias o atribuciones*: “Se produce cuando algunos de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”.¹²⁷

En relación con el *conflicto constitucional de atribuciones*, ha señalado por otro lado que: “...tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales”.¹²⁸

Y en lo referente al *conflicto constitucional de competencias*, define: “...está relacionado con el gobierno nacional, los gobier-

¹²⁷ STC 001-95-CC, fundamento 2.

¹²⁸ STC 006-06-CC, fundamento 10.

nos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191o., 192o. y 197o. de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización)¹²⁹.

C. *Proceso de acción popular*

Aparte del proceso de inconstitucionalidad, nuestro modelo de jurisdicción constitucional cuenta con otro remedio procesal para el control abstracto de las *normas infralegales*, y básicamente nos estamos refiriendo a los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen y que atenten contra el principio de legalidad y de constitucionalidad. Este proceso, como se podrá apreciar, es exclusivo del Poder Judicial y así ha venido formando parte en la evolución de nuestro constitucionalismo histórico; de allí que el Tribunal Constitucional no conoce *strictu sensu* este proceso. Sin embargo, ello no impide que cuando la Sala Civil de alguna Corte Superior conozca una acción popular debe suspender dicho trámite si aprecia que la demanda de acción popular se basa en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal hasta que éste expida resolución definitiva, de acuerdo a lo establecido en los artículos VI, segundo párrafo, del TP, y 80 del C.P.Const. Sobre su noción, ha interpretado el Tribunal Constitucional:

“La acción popular es uno de los procesos constitucionales orgánicos cuya finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa a la cual puede recurrir cualquier persona dentro de los cinco años posteriores a la publicación de la norma”.¹³⁰

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ STC 00774-2005-PHC, fundamento 6 *in fine*.

VI. SOBERANÍA

Consustancial a la presencia de todo Estado, se encuentra un componente que lo identifica como tal: la soberanía, y del cual Jouvenel recordaba que los actores modernos atribuyen la voluntad soberana al pueblo y que vemos emanar por distintos procedimientos de órganos constitucionales; “se concibe como una voluntad susceptible de ejercerse sobre todos los objetos sin que ningún derecho subjetivo pueda limitarla”.¹³¹ Aunque esta definición ha sufrido una relativización en los actuales Estados contemporáneos, sobre todo en la experiencia de la Comunidad Europea, o en América Latina, a través del *control de convencionalidad*.

No obstante ello, lo cierto es que el principio de soberanía popular se desprende del artículo 45 de la Constitución, en el extremo en que señala: “[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

Con el mismo énfasis, también ha aludido el Tribunal Constitucional a la denominada *soberanía constitucional*, como aquel nexo que justifica el sometimiento del referido órgano a la eficacia y fuerza normativa de la Constitución, tal como se deriva también del artículo 1o. de su propia Ley Orgánica.¹³²

En otro orden de cosas, y siempre al amparo de dicha norma constitucional, la soberanía puede ser entendida también como la “potestad político-jurídica que permite [al Estado] decidir libremente sobre los asuntos internos y externos de un Estado”,¹³³ una de cuyas expresiones consiste en el poder estatal de “decidir de manera autónoma las leyes que serán aplicadas en el ámbito espacial de su territorio”;¹³⁴ por ende, dice el Tribunal Constitucional,

¹³¹ Jouvenel, Bertrand, *La soberanía*, Granada, Comares, 2000, p. 180.

¹³² STC 0030-2005-AI/TC, fundamento 13.

¹³³ STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 28.

¹³⁴ STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 30.

ningún órgano, organismo o entidad que represente o que sea parte de algún poder estatal distinto al peruano y que, por ende, sea ajeno a la estructura jerarquizada de órganos jurisdiccionales que conforman el Poder Judicial peruano, pueda interferir en el ejercicio de sus funciones, o vincular o condicionar la actuación de estos. La única excepción a dicho principio se encuentra establecida en el artículo 205o. de nuestra Constitución que faculta, a quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución misma reconoce, a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según Tratados o Convenios de los que el Perú es parte.¹³⁵

También se puede aludir, partiendo de este concepto, una “soberanía jurisdiccional”. Lo define el Tribunal Constitucional en estos términos: tal soberanía “no significa monopolio o exclusividad del Poder Judicial en la impartición de justicia en nombre del pueblo; sino más bien pluralidad de administraciones de justicia autónomas en función de su especialidad, pero subordinadas en última instancia al principio de unidad y supremacía constitucional”.¹³⁶

VII. ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Una *doctrina constitucional de la economía* y el mercado comporta exigencias que van más allá de la simple ecuación dineraria de quienes intervienen en las operaciones económicas, y que se concretizan no sólo en un equilibrio buscado entre los intereses de los agentes económicos (*economía de mercado*) y los intereses de la sociedad en general (*economía social de mercado*), sino en el respeto estricto de los valores y principios que inspiran el propio régimen de *economía abierta*. En este contexto, será necesario determinar, primero, cuáles son los principios esenciales que constituyen el sustrato de nuestra “Constitución

¹³⁵ STC 05761-2009-PHC/TC, fundamento 31.

¹³⁶ STC 0002-2009-PI/TC, fundamento 34.

económica”, para arribar luego a la determinación de los derechos fundamentales económicos en los cuales se concretiza dicho “modelo económico constitucional”.

Bajo este norte, los principios económicos de nuestra carta fundamental no sólo configuran el rol del Estado en la economía, orientando su acción hacia la corrección de las deficiencias del mercado, sino que inspiran un modo de actuar en las relaciones de carácter económico, dadas fundamentalmente entre particulares, no sólo instrumental o mercantil, sino también ética y basada en la dignidad de la persona y el libre desenvolvimiento de su personalidad. De este modo, el mercado, no es concebido por la Constitución sólo como un “ámbito natural” donde prevalece la ley del más fuerte, sino como un “ámbito cultural” donde el individuo logra el pleno desarrollo de su personalidad.

En esta línea de argumentación, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al sostener que el terreno económico requiere también de un *elam* constitucional que inspire y garantice que el principio-derecho de la dignidad humana se patentice incluso —y quizás aún más— en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares. Así, el Tribunal ha sostenido que:

No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia. Norberto Bobbio precisa que “...por debajo de la «no libertad», como sujeción al poder del príncipe, hay una «no libertad» más profunda... y más difícilmente extirpable: la «no libertad» como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del diseño que la sociedad corporativa inevitablemente genera en su seno...”. (Citado por Pedro de Vega en: *Neoliberalismo y Estado*. En: *Pensamiento Constitucional*. Año. IV. No. 4, 1997, pág. 34). Por ello, no sólo es saludable, sino imprescindible, consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de derecho.¹³⁷

1. *El modelo ius-fundamental económico en nuestra Constitución*

Incorporado en nuestra carta política de 1993, el capítulo sobre el “Régimen económico” ha recogido expresamente un modelo económico constitucional definido como “economía social de mercado”. Este modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia, estimulando el desarrollo de la capacidad productiva individual, con el objeto no sólo de estimular la creación de riqueza, sino de contribuir al progreso social, amén de resguardar celosamente un diversificado sistema de protección social de los sectores económicamente más vulnerables.¹³⁸ Es decir, este sistema puede definirse escuetamente como un modelo de economía de mercado o economía abierta, con incrustaciones esenciales de un Estado social; representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.

¹³⁷ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 3.

¹³⁸ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 16.

Bajo este norte, el régimen económico incorporado en nuestra Constitución y que recoge la experiencia comparada de las principales Constituciones de la segunda posguerra mundial, procura superar las fuertes limitaciones y deficiencias encontradas en los dos modelos antagónicos que históricamente trataron de regir el “modo de actuar económico”. En este contexto, ni el modelo de economía de *laissez faire* de marcada inspiración liberal que rigió la economía durante el siglo XIX, ni la economía fuertemente centralizada y estatalista que rigió la vida de muchas naciones durante el periodo de entreguerras y aún después de éste, en el siglo XX, dieron respuestas adecuadas y satisfactorias a la cuestión de un régimen económico adecuado para lograr tanto la acumulación de riqueza que lleve al progreso material de los pueblos, como la paz social que implica un régimen de economía justa y solidaria.

En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una “tercera vía”, como un *tertium genus*, frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, para ser constitucionalmente admisible, el modelo de economía social de mercado no debe representar sólo la búsqueda de una eficiencia económica y social, que enfatice el logro de determinados objetivos económicos y sociales, sino que debe significar la cristalización del fundamento antropológico-cultural que late inexorablemente en toda Constitución como fuente primaria de todo su complejo plexo normativo, como es el principio-derecho de dignidad humana. En este contexto, antes de ingresar a desarrollar los principios que patentizan o concretan un modelo de “economía social de mercado”, es necesario

acotar primero cómo este modelo económico ius-fundamental cumple las exigencias básicas derivadas de este principio, así como de otros valores y principios constitucionales fundamentales como la libertad, la igualdad y la solidaridad.

El respeto de determinados principios constitucionales como la libre iniciativa privada, la libre competencia, el derecho de propiedad, entre otros, responden a exigencias dogmáticamente incardinadas en valores superiores del más alto rango como la dignidad y la libertad humanas, que en todo momento pretenden ser preservados como sustento constitucional de todo accionar estatal o particular. Como este colegiado ha sostenido en anterior oportunidad,

la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre.¹³⁹

En este contexto, cuando la Constitución postula en su articulado la presencia de una economía de mercado con marcados perfiles de un Estado social, el primer componente que trata de rescatar es la de una economía basada en la *libre iniciativa privada*. Es decir, el primer rasgo característico de este modelo es la confianza en la persona y en su capacidad, no sólo para producir creativamente riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos. En dicha línea, este modelo abandona un perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descrea de la capacidad humana para “autorregularse”, y que, desde el Estado, todo lo

¹³⁹ STC 0008-2003-AI/TC, FJ 14.

planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos. Tras un modelo de economía de mercado, caracterizado por el fuerte acento en las libertades económicas fundamentales y el rol subsidiario del Estado en la economía, late pues, también, un acendrado espíritu libertario que pretende el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y que dignifica a la persona, entregándole a ella, la primera responsabilidad sobre su destino vital.

Bajo esta perspectiva, la economía de mercado no sólo constituye, como a veces desde una interpretación excesivamente simplista se cree, una forma de lograr acumulación de riqueza material mediante el éxito de los agentes económicos mejor dotados para competir en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. Es sólo bajo esta óptica que se comprende, como indicábamos líneas arriba, que el mercado no es un medio “natural” de desarrollo del hombre, sino básica y esencialmente un medio “cultural” de desenvolvimiento de su *psiquis* y un lugar donde también se concretiza plenamente el principio-derecho de dignidad humana. Es por ello, que el primer deber del Estado en el marco de una economía de mercado es salvaguardar el libre ejercicio de las libertades económicas contenidas en la carta fundamental, así como la interdicción de cualquier conducta estatal o particular que intente coartarlas, sin tener asidero en el respeto de otros principios y valores constitucionales o en el logro del bienestar general.

En este marco, un accionar del Estado que limite injustificadamente el libre desarrollo de una actividad económica privada o que la sesgue de modo arbitrario, prefiriendo a un agente económico sobre otro, sin base objetiva posible, o el accionar de un particular o de varios que, aprovechando de su poderío económico, menoscabe, también, el libre juego de los agentes económicos

(*modelo patrimonialista económico*), no sólo significará la vulneración de los derechos económicos fundamentales recogidos en la Constitución, sino que representará, de la misma forma, la traición del espíritu libertario que el modelo de economía de mercado inscrito en la carta fundamental ostenta y con ello el desconocimiento del fundamento antropológico de dignidad humana que el mismo postula.

Visto desde una óptica humanista y cultural, el modelo de economía de mercado no genera, por tanto, en el Estado sólo obligaciones de abstención o no intervención en el libre juego de intereses económicos, como parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, que establece el rol subsidiario del Estado en la economía, sino que le impone también *prima facie* un deber constitucional de vigilancia, supervisión y control de una competencia leal y justa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 61 de nuestro texto fundamental, el cual ha proscrito el abuso de posiciones dominantes y monopólicas que impidan o restrinjan el libre desenvolvimiento de las personas en la economía.

Por otro lado, el segundo componente del modelo económico recogido en nuestra Constitución es el constituido por los elementos del Estado social incorporados en nuestra Constitución económica. Así, como ya pusimos de manifiesto al abordar la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, si bien el actuar económico se rige principalmente por las reglas de una economía abierta o de mercado, la Constitución, producto de una experiencia histórica acumulada, tampoco considera la sociedad —identificada como mercado— como el lugar idílico donde todo lo bueno se realiza a favor del individuo y su dignidad. Representa una realidad patente que el mercado genera grandes corporaciones y empresas que, merced a la gran capacidad económica que ostentan, pueden poseer un gran poder, el cual puede ser utilizado —como cualquier otro poder— contra las partes más débiles de las relaciones económicas, léase, trabajadores, pequeñas empresas, consumidores y usuarios. A la par

de ello, una economía de mercado puede ocasionar también una serie de problemas sociales, como desigualdades en el reparto de la renta o de las utilidades, creando una brecha intolerable entre ricos y pobres.

Es por esta razón que el modelo de economía social de mercado incorpora una serie de elementos propios de un Estado social, como la protección de los clásicos derechos sociales a la educación, salud, trabajo, entre otros; la incorporación de medidas de acción positiva con el fin de posibilitar la igualación económica de las clases menos favorecidas; la regulación del mercado laboral, fijando las condiciones mínimas de trabajo en las cuales deba desarrollarse la relación laboral.

Quien observe de modo minucioso el articulado que comprende nuestra Constitución económica, podrá percatarse que junto a cada disposición que establece como primer principio la más amplia libertad en materia económica, existe un principio, no de signo opuesto sino complementario, que recoge los supuestos sociales de un Estado social y democrático de derecho y que redundan también en la protección de la persona humana y su dignidad, como fundamento antropológico de todo el *corpus* constitucional.

Así, cuando en el artículo 58 de la Constitución se señala que el modelo de economía de mercado se basa, principalmente, en un régimen de “iniciativa privada libre”, a la par se prescribe que el Estado “orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

Por otro lado, cuando en el artículo 59 recoge las clásicas libertades económicas fundamentales de comercio, empresa e industria, al mismo tiempo prescribe una obligación del Estado de vigilar que éstas no sean ejercidas en desmedro de la moral, la salud y la seguridad públicas, como era la competencia tradicional de un Estado policía; pero agrega a ello el siguiente deber estatal: “El Estado brinda oportunidades de superación a los sec-

tores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

Del mismo modo, en el artículo 60, la Constitución ha recogido la libertad de actuación en el mercado y el recibo de las distintas formas de propiedad y de empresa, con lo cual da acogida al pluralismo económico y fija una regla de intervención del Estado como empresario solamente subsidiaria. Sin embargo, esta regla no puede sólo interpretarse en el sentido de un poder sino, siguiendo también una lectura detenida de la propia Constitución, como un deber del Estado, en casos de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Aunque fuera del capítulo económico, es interesante en esta línea rescatar el artículo 70 de la Constitución que prescribe que el mismo derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común.

2. Los derechos fundamentales económicos recogidos en nuestra Constitución

A. El derecho a la propiedad

Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2o. de la Constitución, el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley, e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Sin embargo, tal como ha establecido este colegiado en consolidada jurisprudencia, el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propie-

dad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclausurada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica,¹⁴⁰ como son, por ejemplo, en el presente caso las acciones de una sociedad anónima.

Por ello, la comprensión constitucional de la propiedad incluye, *prima facie*, además la *garantía de indemnidad* o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo.¹⁴¹

Desde otra perspectiva, como ya hemos sostenido en el acápite anterior, el funcionamiento del sistema económico debe realizarse en armonía con los principios constitucionales de un Estado social, componente con el cual se completa el modelo de *economía social de mercado* establecido en nuestra Constitución económica. En este contexto, la propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello

¹⁴⁰ STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 26.

¹⁴¹ STC 7364-2006-PA/TC, FJ. 6.

requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía. A eso se refiere la Constitución cuando en su artículo 70 afirma que ésta debe ejercerse en armonía con el bien común, todo lo cual permite reconocer la función social que la propiedad cumple en nuestro ordenamiento constitucional.

De este modo, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un *derecho subjetivo* (derecho individual), sino también como una *garantía institucional* (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria. Por el contrario, la exigencia de funcionalidad social que exige el principio de justicia que nuestro modelo económico incorpora, despliega su contenido hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

En efecto, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho. En este contexto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho.

En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

B. *Libre iniciativa privada*

Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58 de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17, artículo 2o., del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización”.¹⁴²

VIII. FORMA DE GOBIERNO

El régimen de la forma de gobierno, ha explicado la teoría constitucional, puede ser clasificado en cuatro tipologías, a saber: a) el *régimen de asamblea*, nacido en la Revolución francesa, y que sólo ha prosperado en la Confederación Helvética y

¹⁴² *Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Fondo Editorial, 1999.

en Uruguay; b) el *régimen parlamentarista*, cuyo origen europeo busca trasladar al Parlamento el poder decisorio; c) el *régimen presidencialista*, que en cambio le otorga dicho poder al jefe de Estado, quien es al mismo tiempo el jefe de gobierno, y d) finalmente, el *régimen semipresidencial*, que se identifica por tres señaladas características: elección del presidente de la República por sufragio universal, concesión a éste de atribuciones propias y significativas, y finalmente, existencia de un gobierno (gabinete y primer ministro) cuya actividad es independiente y responde ante el Parlamento.¹⁴³

La historia constitucional de la forma de gobierno en el Perú, se podría decir sin temor a equivocarnos, es la historia de las veleidades y crisis institucionales en que se ha visto envuelta la política peruana, y por tanto su evolución responde a la coyuntura de cada una de esas etapas.

Así, por ejemplo, se puede apreciar en perspectiva que, frente al diseño normativo de la Constitución de 1933, que produjo dictaduras fuertes o democracias débiles, la Constitución de 1979 terminó incorporando y perfeccionando los instrumentos parlamentarios, pero a su vez reforzó el poder del presidente de la República.¹⁴⁴ En ese contexto, para algunos autores, la Constitución de 1993 no ha hecho otra cosa que reafirmar el fortalecimiento del poder del presidente, y del Poder Ejecutivo, en general.¹⁴⁵

A decir de Francisco Eguiguren Praeli,¹⁴⁶ son siete las principales características de la Constitución de 1993, que permiten clasificar al sistema de gobierno peruano como uno “presidencial

¹⁴³ García Belaunde, Domingo, “Forma de gobierno en la Constitución Peruana”, *Ius et Praxis*, núms. 19-20, enero-diciembre de 1992.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ Eguiguren Praeli, Francisco, “El régimen presidencial ‘atenuado’ en el Perú y su incidencia en las relaciones entre Gobierno y Congreso”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, 2009, p. 372.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 373.

atenuado”, y son las siguientes: *a*) en primer lugar, inicialmente el artículo 112 constitucional permitía la reelección inmediata del presidente de la República (aunque tal posibilidad fue eliminada posteriormente mediante el artículo 1o. de la Ley núm. 27365, del 5 de noviembre de 2000); *b*) en segundo lugar, para acceder a la Presidencia, se exige una mayoría absoluta de más de la mitad de votos, pero no se computan los votos nulos y blancos (artículo 111 de la Constitución), lo que “torna algo menos difícil la posibilidad del triunfo de algún candidato en la primera vuelta”; *c*) se permite que el presidente del Consejo de Ministros sea un ministro “sin cartera”, la propia Constitución se encarga de precisar sus atribuciones (artículo 123); *d*) se establece un Congreso unicameral, con una Comisión Permanente elegida por éste; *e*) se suprimió la atribución del Congreso de ratificar el nombramiento de determinados cargos (magistrados de la Corte Suprema, ascensos a grado de general de oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y embajadores nombrados por el presidente de la República); *f*) se establece la obligación del presidente del Consejo de Ministros y de su presidente, de concurrir al Congreso, para exponer las políticas y medidas de su gestión (artículo 129 de la Constitución), debiendo el referido presidente plantear una cuestión de confianza, a cuya votación el Congreso está obligado, y finalmente, *g*) se ratifica la potestad presidencial de disponer la disolución del Congreso, en caso de censura o negación de confianza a dos Consejos de Ministros (artículo 134 de la Constitución).

A juicio de otro sector de la doctrina, el presidencialismo peruano hace parte de una propia corriente latinoamericana, cuyos principales rasgos son: *a*) fortalecimiento excesivo y descontrolado del Poder Ejecutivo; *b*) falta de autonomía de la judicatura, y *c*) tendencia centralista del poder.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, “Notas acerca de la evolución del presidencialismo latinoamericano a la luz de lo ocurrido en el caso peruano sobre el particular”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol*, núm. 20/21, 1997, pp. 41-72.

IX. CONGRESO

Tradicionalmente, la labor del órgano legislativo se desarrolla en dos grandes ámbitos diseñados por la ingeniería constitucional: legislar y fiscalizar. El Poder Legislativo en el régimen constitucional peruano es unicameral, es decir, compuesto por una sola cámara la cual está integrada por ciento treinta congresistas que tienen como función primordial representar a la ciudadanía. Así lo reconoce el artículo 90 de la Constitución, cuando establece que el Poder Legislativo reside en el Congreso de la República, el cual consta de cámara única, y cuyos ciento treinta miembros son elegidos por un periodo de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley.

Por su parte, según el artículo 102 de la Constitución, el Congreso de la República posee una serie de atribuciones, entre las cuales se encuentran: *a*) dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes (inciso 1); *b*) velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores (inciso 2); *c*) aprobar los tratados, de conformidad con la Constitución (inciso 3); *d*) aprobar el Presupuesto y la Cuenta General (inciso 4); *e*) autorizar empréstitos, conforme a la Constitución (inciso 5); *f*) ejercer el derecho de amnistía (inciso 6); *g*) aprobar la demarcación territorial que proponga el Poder Ejecutivo (inciso 7); *h*) prestar consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, la soberanía nacional (inciso 8); *i*) autorizar al presidente de la República para salir del país (inciso 9), y *j*) ejercer las demás atribuciones que le señala la Constitución y las que son propias de la función legislativa (inciso 10).

Entre sus principales características, por otro lado, destacan que la función de congresista es de tiempo completo (artículo 92), quienes representan a la nación y por lo que no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación (artículo 93); su mandato legislativo es irrenunciable (artículo 95), y respecto a sus po-

testades fiscalizadoras, tienen entre estas atribuciones la de iniciar comisiones investigadoras (artículo 97); solicitar informes a diversas entidades (artículo 96); la Comisión Permanente puede formular acusación constitucional a los titulares de diversos órganos del Estado (artículo 99); así como suspender, inhabilitar o destituir a los funcionarios acusados constitucionalmente por infracción a la Constitución (artículos 99 *in fine* y 100).

X. EJECUTIVO

La ciencia política ha identificado a esta rama del gobierno como el centro gravitacional del poder político. Este órgano del Estado, representado por el presidente de la República y el Consejo de Ministros, cumple una función ejecutiva a través de actos de gobierno (que revisten un carácter político) y mediante actos administrativos (orientados a la creación, dirección y administración de los servicios públicos).

La Constitución define al presidente de la República como jefe del Estado que personifica a la nación (artículo 110), precisando que su elección se realiza por sufragio directo. Y junto con el presidente de la República son elegidos, con los mismos requisitos y por igual término, dos vicepresidentes. En cuanto al mandato presidencial, éste es de cinco años, y según el artículo 112, no cabe la reelección inmediata: sólo transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones.

Entre las atribuciones que la Constitución asigna a la Presidencia de la República en su artículo 118, destacan: *a*) cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales (inciso 1); *b*) representar al Estado, dentro y fuera de la República (inciso 2); *c*) dirigir la política general del gobierno (inciso 3); *d*) velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República (inciso 4); *e*) convocar a elecciones para presidente de la República y para representantes al Congreso, así

como para alcaldes y regidores y demás funcionarios que señala la ley (inciso 5); *f*) convocar al Congreso a legislatura extraordinaria, y firmar, en ese caso, el decreto de convocatoria (inciso 6); *g*) ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones (inciso 8); *h*) dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, y celebrar y ratificar tratados (inciso 11); *i*) presidir el Sistema de Defensa Nacional, y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (inciso 14); *j*) administrar la hacienda pública (inciso 17); *k*) negociar los empréstitos (inciso 18); *l*) dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso, éste puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia (inciso 19); *m*) regular las tarifas arancelarias (inciso 20); *n*) conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria (inciso 21), y finalmente, *ñ*) ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan (inciso 24).

Por su parte, al Consejo de Ministros le está confiada la labor de dirección y gestión de los servicios públicos, y a cada ministro, en los asuntos que competen a la cartera a su cargo (artículo 119). En ese sentido, la Constitución precisa que los ministros, reunidos, forman el Consejo de Ministros, y que la ley determina su organización y funciones (artículo 121). Dicho Consejo tiene su presidente, pero le corresponde al presidente de la República presidirlo cuando lo convoca o cuando asiste a sus sesiones (artículo 121).

Por otro lado, es facultad del presidente de la República nombrar y remover al presidente del Consejo, así como a los demás ministros, a propuesta y con acuerdo, respectivamente, del presidente del Consejo. En este aspecto, la Constitución vigente

contiene una novedad frente a anteriores textos constitucionales, pues señala en su artículo 123 que el presidente del Consejo de Ministros puede ser ministro sin cartera, a quien le corresponde: *a)* ser, después del presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno; *b)* coordinar las funciones de los demás ministros, y *c)* refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley.

Asimismo, son atribuciones del Consejo de Ministros las siguientes: *a)* aprobar los proyectos de ley que el presidente de la República somete al Congreso; *b)* aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley; *c)* deliberar sobre asuntos de interés público, y finalmente, *d)* las demás que le otorgan la Constitución y la ley (artículo 125).

Respecto a la responsabilidad de las carteras ministeriales, se ha establecido que los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente (artículo 121).

XI. JUSTICIA

Es el órgano que, a través de sus fallos, resuelve las controversias judiciales, es decir, imparte justicia aplicando la normatividad vigente, lo que incluye a la ley, normas infralegales y sobre todo la Constitución. En este sentido, expresa la Constitución, en su artículo 138, que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Y en su se-

gundo párrafo, reconoce la potestad de *control difuso*, al señalar que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

La Constitución también regula la conformación misma del Poder Judicial, señalando que sus órganos jurisdiccionales son la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (artículo 143).

En el caso del presidente de la Corte Suprema, éste lo es también del Poder Judicial, siendo la Sala Plena de esta entidad el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. Son requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema: *a)* ser peruano de nacimiento; *b)* ser ciudadano en ejercicio; *c)* ser mayor de cuarenta y cinco años; *d)* haber sido magistrado de la Corte Superior o fiscal superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años (artículo 147).

Finalmente, también se reconocen otros ámbitos de poder jurisdiccional, como es el caso de la justicia impartida por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, las que según el artículo 149 de la Constitución pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

La relevancia que para el Estado constitucional denota el Poder Judicial como órgano encargado de administrar justicia y controlar el poder, ha sido también enfatizada por el Tribunal Constitucional, el que ha señalado que para cumplir con esta labor o función “el inciso 2) del artículo 139.º de la Norma Suprema consagra el principio de independencia judicial frente a los Poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas y privadas, y ciudadanos en general”.¹⁴⁸

¹⁴⁸ STC 0004-2004-CC/TC, fundamento 31.

Por ello, el Tribunal Constitucional valora que el Poder Judicial, al tener como función primordial la resolución de conflictos, es también “el primer garante de los derechos fundamentales y ejerc[e] el poder punitivo del Estado, canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente”.¹⁴⁹

XII. OTROS ÓRGANOS O FUNCIONES DEL ESTADO

Conjuntamente con los tres poderes del Estado, con quienes comparten atribuciones, existen los órganos constitucionales autónomos, los mismos que tienen una esfera de poder más especializada y concentrada y se rigen por sus respectivas leyes orgánicas. Así tenemos:

1. *Contraloría General de la República*

De conformidad con la Constitución, la Contraloría es una entidad descentralizada de derecho público, autónoma conforme a su ley orgánica, que preside el Sistema Nacional de Control: en ese sentido, supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto público, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (artículo 82). Su titular, el contralor general, es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por un periodo de siete años, pudiendo ser removido por el Congreso por falta grave.

2. *Banco Central de Reserva del Perú*

El Banco Central de Reserva es una persona jurídica de derecho público (artículo 84), y está gobernada por un directorio de siete miembros: cuatro de ellos —incluido su presidente— son

¹⁴⁹ STC 0004-2004-CC/TC, fundamento 32.

designados por el Poder Ejecutivo y ratificados por el Congreso, y los tres restantes son elegidos por este último, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros (artículo 86).

Su finalidad última es preservar la estabilidad monetaria, lo cual incluye acciones tales como la regulación de la moneda y el crédito del sistema financiero, la administración de las reservas internacionales a su cargo, y demás funciones fijadas en su ley orgánica (artículo 84). Respecto a ello, el Banco tiene un deber de información, exacto y periódico, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su directorio.

Del mismo modo, sobre sus funciones, ha podido decir el Tribunal Constitucional que “la soberanía monetaria del Estado y la estabilidad del sistema monetario son resguardados por el BCR, a partir del ejercicio de diversas competencias, entre las que se encuentran regular la moneda y el crédito en el sistema financiero (artículo 83 y 84 de la Constitución)”.¹⁵⁰

3. Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

La finalidad de esta Superintendencia es controlar a las empresas bancarias de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley (artículo 87, segundo párrafo). Su titular es designado por el Poder Ejecutivo, y está sometido a ratificación por el Congreso (último párrafo del artículo 87).

4. Jurado Nacional de Elecciones

En nuestro país, el sistema electoral está conformado por tres organismos constitucionalmente autónomos: el Jurado Nacional

¹⁵⁰ STC 0005-2005-CC/TC, fundamento 36.

de Elecciones (JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENEC).

En lo que refiere al Jurado Nacional de Elecciones, la Constitución le atribuye las funciones de fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas, administrar justicia en materia electoral, proclamar a los candidatos elegidos, entre otras. Se compone de un Pleno de cinco miembros, quienes son elegidos por la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, el Colegio de Abogados, los decanos de las facultades de derecho de las universidades públicas, y los decanos de las facultades de derecho de las universidades privadas (artículo 179).

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha reconocido que si bien la Constitución establece la “irrevisabilidad” de las resoluciones del JNE en materia electoral, de referéndum y demás consultas populares (artículo 181), ello no enerva la posibilidad del control constitucional de aquellas resoluciones “que resultan contrarias a los derechos fundamentales”, lo que “no sólo emerge de una adecuada interpretación de la Carta Fundamental, sino que se encuentra expresamente concretizada en una disposición del CPConst”.¹⁵¹

Por todo ello, si bien el Jurado Nacional de Elecciones es el máximo órgano de administración de justicia electoral en el país, no es menos cierto que, como cualquier otro poder público,

se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales, en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139 de la Constitución)... La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis [142 y 181 de la Constitución] resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico

¹⁵¹ STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 37.

vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).¹⁵²

5. Oficina Nacional de Procesos Electorales

La función primordial de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es organizar todos los procesos electorales, de referéndum y demás tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio (artículo 182). Desde luego, dicha organización incluye también la entrega de actas y demás material necesario para el escrutinio, y la difusión de los resultados.

Sobre esta finalidad, el Tribunal ha comprendido que los funcionarios y autoridades de esta Oficina, tienen como deber

asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales electorales, tales como la responsabilidad política, la temporalidad del poder, la publicidad y la transparencia; a fin de garantizar su neutralidad e imparcialidad; sobre todo, de aquellos funcionarios que, por ley, tengan la facultad de disponer de fondos públicos. Todo ello, considerando que un proceso electoral precisa, para su adecuado desarrollo, de condiciones de igualdad institucional entre los competidores, es decir, sin ventajas o privilegios para nadie.¹⁵³

6. Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

Por su parte, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y demás actos que modifican el estado civil; emitiendo, a tal fin, las constancias corres-

¹⁵² STC 05854-2005-PA/TC, fundamento 18 y 19.

¹⁵³ STC 04677-2004-AA/TC, fundamento 4.

pondientes, incluyendo la identificación de los ciudadanos. En lo que respecta a la materia electoral, el Reniec es el encargado de preparar y mantener actualizado el padrón electoral, proporcionando al JNE y a la ONPE la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones (artículo 183).

Este órgano constitucionalmente autónomo está presidido por un jefe, el cual es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura por un periodo renovable de cuatro años, el que también puede removerlo por falta grave (artículo 183).

Sobre él, ha podido decir el Tribunal Constitucional, que “es un organismo constitucionalmente autónomo, encargado de manera exclusiva y excluyente de organizar y actualizar el Registro Único de Identificación de las Personas Naturales y, entre otras funciones, de emitir los documentos que acrediten la identidad de las personas”¹⁵⁴.

7. Consejo Nacional de la Magistratura

Según lo establece el artículo 150 de la Constitución, el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucional autónomo e independiente que tiene por encargo seleccionar y nombrar a los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provienen de elección popular. De forma más específica, el artículo 154 enumera sus competencias, cuales son: *a)* nombrar, previo concurso, a los jueces y fiscales de todos los niveles (así como a los Jefes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, según manda la Constitución en sus artículos 182 y 183); *b)* ratificarlos cada siete años; *c)* aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y fiscales supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, a los jueces y fiscales de todas las instancias, y *d)* extenderles el título oficial que los acredita como tales.

¹⁵⁴ STC 06086-2005-HC/TC, fundamento 3.

Se compone de seis integrantes, los cuales son elegidos, cada uno, por la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, los colegios de abogados del país, los demás colegios profesionales del país, los rectores de las universidades nacionales, y los rectores de las universidades particulares (artículo 155).

Respecto a sus decisiones, la Constitución les otorga la calidad de “irrevisables” (artículos 142 y 154), mas ello no ha impedido que el Tribunal Constitucional entienda que “el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga”.¹⁵⁵

8. *Ministerio Público*

El Ministerio Público, que está presidido por el fiscal de la nación, tiene como competencia esencial, promover de oficio, o a instancia de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos por el derecho; ejercer la acción penal de oficio o a instancia de parte, y representar en los procesos judiciales a la sociedad (artículo 159).

En su interpretación sobre esta regulación normativa, el Tribunal Constitucional ha comprendido que el artículo 158 de la Constitución

consagra la autonomía del Ministerio Público, estableciendo, en el artículo 159, sus atribuciones, dentro las cuales se encuentran la de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho (inciso 1); la de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia (inciso 2); la de conducir desde su inicio la investigación de delito (inciso 4); la de ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de

¹⁵⁵ STC 08495-2006-AA/TC, fundamento 4.

parte (inciso 5); y la de ejercer iniciativa en la formación de leyes (inciso 7), entre otras.¹⁵⁶

A partir de allí, se entiende que el artículo 158 constitucional

tiene por finalidad asegurar y proteger la libertad de actuación de este órgano constitucional, de modo tal que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le ha encomendado la Norma Fundamental, evitando la dependencia y subordinación respecto de otros órganos, poderes o personas, sean estas públicas o privadas.¹⁵⁷

9. *Defensoría del Pueblo*

La Defensoría del Pueblo, que ejerce el denominado “magisterio de la persuasión”, es un organismo constitucionalmente autónomo cuya finalidad es la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (artículo 162). La preside el defensor del pueblo, quien es elegido y removido por el Congreso de la República. También es función del defensor, presentar informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicite (artículo 162).

Sobre ello, ha podido decir el Tribunal Constitucional que la Defensoría del Pueblo

es un órgano constitucional autónomo cuyas atribuciones se encuentran reguladas en el Capítulo XI del Título IV de la Carta Política, referido a la Estructura del Estado. El artículo 161o. de la Constitución establece que su estructura se establece mediante ley orgánica, la cual fue adoptada por medio de la Ley No. 26520.¹⁵⁸

¹⁵⁶ STC 0023-2003-AI/TC, fundamento 73.

¹⁵⁷ STC 0004-2006-AI/TC, fundamento 101.

¹⁵⁸ STC 00023-2008-AI/TC, fundamento 13.

XIII. ORGANIZACIÓN POLÍTICA

La Constitución señala en su artículo 43 que el Perú es una República democrática, social, independiente y soberana; asimismo, agrega que el Estado es uno e indivisible, y que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, organizado según el principio de la separación de poderes.

Como se ve, la Constitución define al Perú como una república, es decir, como una sociedad políticamente organizada, donde el poder emana del pueblo, quien elige a sus representantes.

Asimismo, la República del Perú es *democrática*, pues son todas las personas las que integran la sociedad política y ejercen el poder en su condición de ciudadanos, sin discriminación alguna por motivos económicos, de clase o de cualquier otra índole. Es *social*, por cuanto no sólo busca la realización individual de las personas; sino que busca interiorizar en ellas, un espíritu de colaboración y solidaridad. Es *independiente*, de allí que no está sometido a otros Estados o a algún organismo internacional. Es *soberana*, porque no existe, dentro de la sociedad, otro poder que se asemeje al que tiene el pueblo, el cual puede ser ejercido, por ejemplo, a través de una elección popular, referéndum o iniciativa legislativa.

El segundo párrafo del artículo 43 establece, por su parte, que el Estado es *uno e indivisible*, es decir, constituye una unidad absoluta. Y el tercer párrafo, expresa que su gobierno es *unitario*, debido a que tiene alcance nacional (gobierno central); es *representativo*, puesto que las autoridades son elegidas por voto popular para representar al pueblo en las decisiones que han de tomarse para su propio bienestar; es *descentralizado*, pues sin perder su unidad, existen decisiones que no son tomadas por el gobierno central sino por organismos de gobierno intermedios, conformados por los gobiernos regionales y locales que tienen competencias propias y exclusivas. Finalmente se expresa que el gobierno se organiza según el principio de la *separación de poderes*, con la finalidad de que no exista un ejercicio exclusivo del

poder público sino que dicho poder sea distribuido en cuotas entre distintos órganos, de modo tal que exista un contrapeso o balance de poderes favorable al control efectivo entre los mismos, evitando de esta manera cualquier acto de tiranía que pudiera ostentar un pequeño grupo de personas. Así pues, como resultado de la separación de poderes, el Estado peruano se organiza en los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, aunque, como se dijo antes, existen también organismos constitucionalmente autónomos que, en sus respectivos ámbitos, ejercen sus funciones con autonomía e independencia.

Descentralización

Tal como lo expresa el artículo 43 de la Constitución, el gobierno del Estado peruano es *descentralizado*, es decir, existe un reparto de competencias entre diversos órganos con la finalidad de hacer sentir la presencia del Estado de una forma más inmediata.

Según el artículo 188 de la Constitución, por su parte, la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza, en tal sentido, por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales. Los poderes del Estado y los organismos autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley.

Ahora bien, de conformidad con nuestra ley fundamental, el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preser-

vando la unidad e integridad del Estado y de la Nación (artículo 189). De este modo, mientras que el ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos, el ámbito del nivel local de gobierno lo constituyen las provincias, distritos y los centros poblados.

En tal sentido, los *gobiernos regionales* gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia, y se coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones (artículo 191). Asimismo, la Constitución fija una estructura orgánica básica de estos gobiernos, integrada por los siguientes órganos: el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. En este caso, el presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. Y el mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Asimismo, en su artículo 192, la Constitución señala, respecto a sus funciones, que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Por su parte, en el caso de las *municipalidades provinciales y distritales*, la Constitución indica que éstas son los órganos de gobierno local, y gozan igualmente de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia (artículo 194). Su estructura orgánica la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio

directo, por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelegidos, y su mandato es revocable, conforme a la ley, e irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

El artículo 195 de la Constitución establece que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Asimismo, promueven, apoyan y reglamentan la participación vecinal en el desarrollo local, y brindan servicios de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú, conforme a ley (artículo 197).

Finalmente, es de destacar que los gobiernos regionales y locales son fiscalizados por sus propios órganos de fiscalización y por los organismos que tienen tal atribución por mandato constitucional o legal, y están sujetos al control y supervisión de la Contraloría General de la República (artículo 199).

XIV. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Según el artículo 51 de la Constitución, ésta “prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”; mandato que debe ser concordado con el artículo 138 del mismo texto, que habilita la potestad-deber del control difuso, en los siguientes términos: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

De este modo, el referido artículo constitucional no es más que la concretización, en nuestro ordenamiento jurídico, de la pirámide kelseniana, la misma que ubica en su cúspide a la Constitución, convirtiéndola en la norma de mayor jerarquía que prevalece sobre cualquier otra norma legal. Después de la Constitución se encuentra la ley ordinaria, y en el mismo nivel, los decretos legislativos y decretos de urgencia. Por debajo de la ley

se encuentran normas de menor jerarquía, por ejemplo el decreto supremo (aprobado por el presidente de la República con la aprobación del Consejo de Ministros), resolución suprema (rubricada por el presidente y firmada por el ministro del sector), resolución ministerial (firmada únicamente por el ministro), y resolución directoral (expedida por el director o jefe de departamento dentro de cada ministerio).

Es así como para el Tribunal Constitucional, la consolidación de este principio constitucional general supone, de algún modo, el desvanecimiento de la soberanía parlamentaria, aunque siempre en el contexto de que “[e]ntre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias”.¹⁵⁹

Dicho en otras palabras, en concepto del tribunal, el principio de supremacía constitucional “constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho”, en tanto exige una

concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno.¹⁶⁰

XV. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

En el desarrollo sociopolítico de la realidad pueden presentarse situaciones de anormalidad o de gravedad que ponen en riesgo la continuidad del Estado y de la propia sociedad. Ante

¹⁵⁹ STC 0030-2005-PI/TC, fundamento 42.

¹⁶⁰ STC 02939-2004-PA/TC, fundamento 8.

estas situaciones extraordinarias y con el fin adoptar medidas rápidas y eficientes, el gobierno asume mayores competencias y suspende o restringe el ejercicio de algunos derechos fundamentales.

En este sentido, la Constitución señala que el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que, según el artículo 137 constitucional pueden ser de tres tipos:

- *Estado de emergencia*, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación, supuesto en el cual puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2o. y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. Finalmente, el plazo para esta situación excepcional no puede exceder de sesenta días, y su prórroga requiere nuevo decreto. Sea como fuere, en este supuesto, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno siempre y cuando así lo disponga el presidente de la República.
- *Estado de sitio*, que procede en casos de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, debiéndose mencionar los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. En este supuesto, el plazo no debe exceder de cuarenta y cinco días, y en todo caso, el Congreso se reúne de pleno derecho (el que además debe aprobar la prórroga correspondiente).

La finalidad de la regulación de los regímenes de excepción no sólo es la superación de la crisis presentada, sino que también

busca garantizar, con el retorno a la normalidad constitucional, la permanencia de la Constitución como norma suprema.

XVI. REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

El poder de reforma constitucional es un *poder constituido* cuyo ejercicio está sometido a dos tipos de límite: uno *formal* y otro material.

Son *formales* aquellos requisitos que se desprenden del propio texto constitucional, y que en nuestro ordenamiento jurídico lo representan tanto el *órgano competente* así como el *procedimiento*. Quiere esto decir que, para que una reforma constitucional sea, a su vez, constitucionalmente válida, debe satisfacer los requisitos de haber sido efectuada por el órgano competente a través procedimiento establecido en el propio texto constitucional.

Ambos aspectos están regulados en el artículo 206 de la Constitución, según el cual toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso, con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Sin embargo, puede omitirse el referéndum, si el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. Asimismo, este mismo artículo finaliza agregando que la ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República.

Por su parte, quienes tienen iniciativa de reforma constitucional, según el mismo artículo 206, son el presidente de la República (con aprobación del Consejo de Ministros), los congresistas y, finalmente, un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral (artículo 206 *in fine*).

Sin embargo, así como existen requisitos formales o de procedimiento, así también es posible encontrar ciertas exigencias o límites de orden *material* o *sustantivo*, que pueden estar previs-

tos expresamente en la Constitución, o estar sólo implícitamente. Se trata de aquellos contenidos constitucionales inmunes a todo poder de reforma, y que en tal sentido puede aparecer de forma expresa o implícita.

En nuestro ordenamiento jurídico, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los límites materiales a la reforma constitucional son *expresos* (o configuran “cláusulas pétreas”) cuando aluden a ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento que están exceptuados de cualquier intento de reforma. En cambio, son *implícitos*, cuando se trata de aquellos

principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la “destrucción” de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.¹⁶¹

Para garantizar el apego de toda reforma constitucional a estos dos límites impuestos por la propia Constitución, tales disposiciones introducidas vía reforma se encuentran sometidas al control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, precisamente porque el ejercicio de toda reforma es un *poder constituido*, o más propiamente un poder constituyente derivado, y no uno de orden constituyente en sí.

Sin embargo, la distinción ha sido bastante sutil cuando se han contrapuesto los conceptos de reforma “parcial” y “total” de la Constitución, a los cuales alude el artículo 32 de la misma (cuyo inciso primero prescribe que no puede ser sometida a referéndum la “reforma total o parcial de la Constitución”).

A decir del Tribunal Constitucional, este artículo 32 no ha hecho otra cosa que constitucionalizar la *función* constituyente

¹⁶¹ STC 0014-2002-AI/TC, fundamento 46.

(que no el *poder* constituyente), mas dejando irresuelto el asunto de quién puede ejercer dicha función. Por ello, ha entendido que el Congreso de la República (como *poder constituido* que es) no podría aprobar, por sí mismo, una Constitución distinta, pero sí “proponer” un proyecto de ella, para que finalmente su aprobación sea decidida directamente por el poder constituyente; el cual podrá expresarse, llegado el caso, a través de una Asamblea Constituyente (modo representativo) o vía referéndum (modo directo). Y así concluye: “[d]e ahí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso”.¹⁶² Y ello es así porque, tratándose de un proyecto de nueva Constitución (esto es, una “reforma total” *strictu sensu*), aparece el pueblo como sujeto titular moral del *poder constituyente*; en cambio, en una reforma parcial, el pueblo aparece vía referéndum como *poder constituyente derivado o constituido*).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional precisa que el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total de la Constitución; ni tampoco el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ello, dice el Tribunal con acierto: “Ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama ‘núcleo duro’ de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente”.¹⁶³ En consecuencia, será “total” aquella reforma que modifique los principios básicos de la organización política, económica y social que la Constitución recoge en un tiempo determinado, y será “parcial” cuando esté excluida de tales supuestos.

¹⁶² STC 0014-2002-AI/TC, fundamento 115.

¹⁶³ STC 0014-2002-AI/TC, fundamento 122.