

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

**TESIS:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA RESTRICCIÓN DE  
DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO EL PATERNALISMO JURÍDICO EN  
UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

Presentada por:

**M. Cs. CINTHYA CERNA PAJARES**

Asesor:

**Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by  
**CINTHYA CERNA PAJARES**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

**TESIS APROBADA:**

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA RESTRICCIÓN DE  
DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO EL PATERNALISMO JURÍDICO EN  
UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

Presentada por:

**M. Cs. CINTHYA CERNA PAJARES**

**JURADO EVALUADOR**

Dr. Joel Romero Mendoza  
Asesor

Dr. Glenn Joe Serrano Medina  
Jurado Evaluador

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva  
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello  
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2020



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

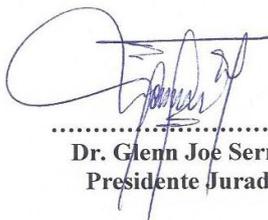
**MENCIÓN: DERECHO**

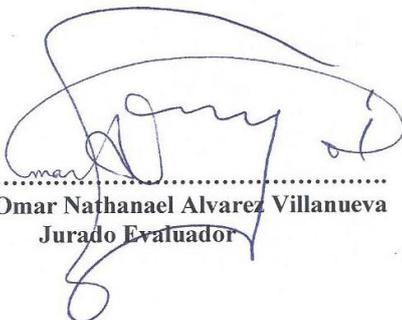
Siendo las ~~18:30~~<sup>19:30</sup> horas, del día 17 de enero del año dos mil veinte, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, Dr. OMAR NATHANAEL ALVAREZ VILLANUEVA, Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO y en calidad de Asesor, el Dr. JOEL ROMERO MENDOZA Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO EL PATERNALISMO JURÍDICO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO;** presentada por la M.Cs. CINTHYA CERNA PAJARES

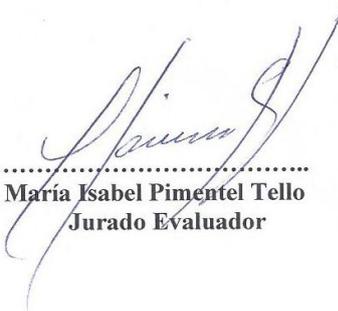
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó ..... <sup>Aprobar</sup> ..... con la calificación de <sup>Dieciocho (18) Excelente</sup> ..... la mencionada Tesis; en tal virtud, la M.Cs. CINTHYA CERNA PAJARES, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**

Siendo las <sup>20:00</sup> horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Asesor

  
.....  
**Dr. Glenn Joe Serrano Medina**  
Presidente Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dra. Maria Isabel Pimentel Tello**  
Jurado Evaluador

A:

Dios, por su magnificencia divina.

Mis padres Corpus y Haydeé, a Cristian, mi hermano, por ser los inspiradores  
y dadores de fuerza para alcanzar las metas propuestas.

## **AGRADECIMIENTO**

Al Dr. Joel Romero Mendoza y al Dr. Nixon Javier Castillo Montoya, por sus valiosas asesorías en la materia jurídica.

“Es muy veleidosa la probidad de los hombres; sólo el freno de la Constitución puede afirmarla. Mientras ella no exista, es preciso adoptar las medidas que equivalgan a la garantía preciosa que ella ofrece”.

-José Gervasio Artigas-

## TABLA DE CONTENIDO

<b>AGRADECIMIENTO</b>	vi
<b>EPIGRAFE</b>	vii
<b>TABLA DE CONTENIDOS</b>	viii
<b>RESUMEN</b>	x
<b>ABSTRACT</b>	xii
<b>INTRODUCCIÓN</b>	xiv
<b>CAPÍTULO I - ASPECTOS METODOLÓGICOS</b>	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.2. Formulación del problema	3
1.3. Justificación	3
1.4. Delimitación de la investigación	5
1.5. Tipo y diseño de investigación	5
1.6. Hipótesis	7
1.7. Objetivos de la investigación	8
1.7.1. Objetivo General	8
1.7.2. Objetivos específicos	8
1.8. Métodos de investigación	8
1.9. Técnicas e instrumentos de investigación	10
<b>CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO</b>	11
2.1. Antecedentes	11
2.2. Marco Ius-Filosófico	12
2.3. Aspectos jurídicos, teóricos y doctrinarios	21

2.3.1. Naturaleza de la Constitución	21
2.3.2. Estado Social de Derecho	24
2.3.3. Del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho	33
2.3.4. El bien común	36
2.3.5. Teoría de los derechos constitucionales	39
2.3.6. Derechos del colectivo e individuales	42
2.3.7. Derecho al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la dignidad	47
2.3.8. La interpretación constitucional	59
2.3.9. Paternalismo jurídico	73
<b>CAPÍTULO III - CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS</b>	<b>79</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>127</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>129</b>
<b>LISTA DE REFERENCIAS</b>	<b>130</b>

## RESUMEN

En el Estado Constitucional de Derecho la defensa de la persona humana y su dignidad constituyen el fin supremo de éste; así pues, es un deber primordial del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, conforme al artículo 44° del Texto Constitucional; pese a ello, en determinadas situaciones estos derechos son restringidos por el propio Estado, esta restricción denominada paternalismo jurídico, constituye un problema de difícil análisis y múltiples divergencias en cuanto a su justificación práctica respecto de la autonomía de la persona y del principio de igualdad. Para ello, se formuló el problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho?; sometiéndose a contrastación conceptual la hipótesis: Los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la Teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho son:

- a) El predominio de la materialización de los derechos del colectivo frente a los derechos individuales como manifestación del bien común.
- b) La intervención jurídica estatal en el ámbito de los derechos fundamentales individuales como medida de protección del propio sujeto.
- c) La prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al paternalismo jurídico.
- d) La funcionalidad del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho desde el enfoque restrictivo de los derechos fundamentales individuales.

Finalmente, se concluyó categóricamente que, en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa. Los límites de los derechos fundamentales, en sentido estricto, implican que son los propios preceptos constitucionales los que establecen por sí mismos límites a los derechos, ello encuentra fundamento en el orden público y la paz social. El Estado Constitucional

de Derecho se asienta sobre las bases de la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales. El paternalismo jurídico puede ser aplicado siempre y cuando lo que se busque proteger sea el contenido esencial del derecho fundamental desde un punto de vista material.

**Palabras clave.** Estado Constitucional de Derecho, paternalismo jurídico, derechos fundamentales, contenido esencial, proporcionalidad.

## **ABSTRACT**

*In the Constitutional State of Law, the defense of the human person and his dignity, the supreme purpose of this; thus, it is a primary duty of the State, among others, the full validity of human rights, in accordance with article 44 of the Constitutional Text; In spite of this, in certain situations these rights are restricted by the State itself, this coercion or restriction, legal paternalism, constitutes a problem of difficult approaches and multiple divergences regarding its practical justification regarding the autonomy of the person and the principle of equality. For this, the research problem was formulated: What are the legal foundations that justify the restriction of fundamental rights under the theory of legal paternalism in a Constitutional State of Law? Sometimes the hypothesis is conceptual contrasted: The legal foundations that justify the restriction of fundamental rights under the Theory of legal paternalism in a Constitutional State of Law are: a) The predominance of the materialization of the rights of the collective against individual rights as manifestation of the common good. b) State legal intervention in the field of individual fundamental rights as a measure of protection of the subject. c) The prevalence of the right to free development of personality against legal paternalism. d) The functionality of legal paternalism in a Constitutional State of Law from the restrictive approach of individual fundamental rights. Finally, it was categorically concluded that, in an objective sense, fundamental rights are specified as constitutional guidelines and legislative action rules. The limits of fundamental rights, strictly speaking, imply that the limits of rights themselves are constitutional precepts themselves, this is based on public order and social peace. The Constitutional State of Law is based on the basis of the division of powers and the recognition and respect for*

*fundamental rights. Legal paternalism can be applied as long as what is sought to protect the sea is the essential content of the fundamental right from a material point of view.*

**Keywords.** *Constitutional State of Law, legal paternalism, fundamental rights, essential content, proportionality.*

## INTRODUCCIÓN

Constituye un deber primordial del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, conforme a la directriz consagrada prevista en el artículo 44 del Texto Constitucional, lo cual implica que los derechos fundamentales son bienes en riesgo, por estar situados en la frontera que comunica y separa el mundo del poder y la autodeterminación de la persona. Sin embargo, en determinadas situaciones estos derechos son restringidos y/o invadidos por el propio Estado, a través de una intervención coactiva en el comportamiento de la persona.

La conducta que se busca prohibir no supone un daño directo a una tercera persona, pues el daño físico o psíquico o la pérdida del beneficio solo va a sufrirlo la persona que ejerce el accionar; sin embargo, pese a la falta de afectación a terceras personas, la finalidad del Estado es proteger a todos sus ciudadanos, interviniendo mediante la búsqueda de mecanismos legales que frenen o modifiquen su comportamiento; buscando así evitar un daño y procurar un beneficio.

Esta coacción o restricción de derechos fundamentales por parte del Estado a fin de evitar que el sujeto se infrinja algún daño, denominada paternalismo jurídico, constituye un problema de difícil estudio, pues surge el cuestionamiento: si el Estado está obligado a garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, cómo es que los restringe o invade o disminuye su optimización; por lo que surge la lucha por determinar si existe una justificación ética de paternalismo jurídico.

Para desarrollar la investigación, la exposición está dividida en tres capítulos, siendo el primero de ellos relativo a **aspectos metodológicos**: planteamiento del problema, formulación, justificación, delimitación, tipo y diseño de investigación, hipótesis, objetivos (general y específicos), métodos, técnicas e instrumentos. En el segundo capítulo se aborda el **marco teórico**, partiendo de los antecedentes, marco ius-filosófico y aspectos jurídicos, teóricos y doctrinarios (naturaleza de la Constitución, Estado Social de Derecho, transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, el bien común, teoría de los derechos constitucionales, derechos del colectivo e individuales, derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la dignidad, teoría de la interpretación constitucional; y, paternalismo jurídico). En el capítulo tercero se desarrolla la **contrastación de hipótesis**; finalmente, se esbozan las conclusiones y recomendaciones.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

En este capítulo se desarrollan los aspectos metodológicos de la tesis, partiendo del planteamiento del problema de investigación, formulación, justificación y delimitación. Posteriormente, se indica el tipo y diseño de investigación, para luego formular las probables respuestas y los objetivos establecidos; finalmente, se señalan los métodos, técnicas e instrumentos de acopio de información.

#### **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En un Estado Constitucional de Derecho la defensa de la persona humana y su dignidad constituyen el fin supremo de éste; así pues, es un deber primordial del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, conforme a la directriz consagrada prevista en el artículo 44° del Texto Constitucional, lo cual implica que los derechos fundamentales son bienes en riesgo, por estar situados en la frontera que comunica y separa el mundo del poder y la autodeterminación de la persona. Ante la imposibilidad real de conjurar el riesgo y por lo tanto evitar de manera definitiva que sean transgredidos es que el propio Estado habilita remedios reactivos, garantiza su prevalencia y efectividad frente a la constante y permanente tendencia del abuso o mal uso del poder.

Sin embargo, en determinadas situaciones estos derechos son restringidos y/o invadidos por el propio Estado, a través de una intervención coactiva en el comportamiento de la persona, a fin de evitar que se dañe a sí misma, bajo el fundamento de la existencia de una buena razón a favor de una

prohibición impuesta en contra de la voluntad del destinatario cuando es necesario evitar que se infrinja algún daño (Garzón, 1988).

Esta interferencia estatal en la acción de una persona, a través de la imposición de leyes o políticas públicas, teniendo como primer marco de referencia el Principio de Legalidad imperante en un Estado de Derecho (Dworkin, 1985), se encontraría aparentemente justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses, o a los valores de la persona coaccionada.

Cabe precisar que el comportamiento que se busca prohibir no supone un daño directo a una tercera persona, pues el daño físico o psíquico o la pérdida del beneficio solo va a sufrirlo la persona que ejerce el accionar; sin embargo, pese a la falta de afectación a terceras personas, la finalidad del Estado es proteger a todos sus ciudadanos, interviniendo mediante la búsqueda de mecanismos legales que frenen o modifiquen su comportamiento; buscando así evitar un daño y procurar un beneficio (propósito benevolente y benéfico).

Esta coacción o restricción de derechos fundamentales por parte del Estado a fin de evitar que el sujeto se infrinja algún daño, denominada paternalismo jurídico, constituye un problema de difícil estudio y múltiples divergencias, pues, aparentemente ciertas prácticas paternalistas pareciesen estar justificadas y encontrarían sustento en la filosofía práctica; sin embargo, surge el cuestionamiento: si el Estado está obligado a garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, cómo es que los restringe o invade o disminuye su optimización; por lo que surge la lucha de si existe una

justificación ética de paternalismo jurídico respecto de la autonomía de la persona y del principio de igualdad; pues, podría considerarse que solo cuando la medida cuestionada, aplicada socialmente, promueva o defienda la autonomía o aspire a la superación de un déficit de igualdad podrá hacerse referencia a paternalismo éticamente justificado; asimismo, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional, mediante las sentencias recaídas en los expedientes N.º 2005-2009-PA/TC y N.º 007-2006-PI/TC, ha desarrollado y determinado una postura respecto de la teoría del paternalismo jurídico; sin embargo, a pesar de estos argumentos, no se conoce con precisión cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales amparados en la necesidad proteccionista del bien común que ejerce el Estado.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN**

La presente investigación se justificó en tanto es de gran trascendencia determinar en qué medida en un Estado Constitucional de Derecho garantista de la plena vigencia de derechos fundamentales resulta posible y permitida la restricción del ejercicio de éstos y de la autonomía privada conforme a la teoría del paternalismo jurídico (protector), bajo un juicio de idoneidad. Asimismo, desde la óptica filosófica, se construyó una noción de

paternalismo neutral, de modo tal que se evite la colisión de su aplicación con el libre ejercicio de los derechos fundamentales (individuales).

En el Estado Constitucional de Derecho se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, más aún teniendo en cuenta la prerrogativa constitucional sobre la defensa de la persona humana y su dignidad. Esta garantía constitucional se refuerza por cuanto los derechos fundamentales son consideraciones bienes en riesgo, por lo que, a fin de evitar la transgresión de éstos, es que el propio Estado activa mecanismos que garanticen su prevalencia y optimización ante la creciente tendencia de abuso o mal uso de poder.

La invasión o restricción del ejercicio de los derechos fundamentales, por parte del propio Estado, a través de una intervención coactiva en el comportamiento de la persona, con la finalidad de evitar que se ocasione un daño a sí misma, se denominada paternalismo jurídico, el cual no supone un daño directo a una tercera persona, pues la pérdida del beneficio solo la sufrirá el titular del derecho; sin embargo, aun cuando no exista perjuicio a terceras personas, el Estado tiene como deber la protección de todos sus ciudadanos, por lo que estas prácticas paternalistas pareciesen estar justificadas, pero no se ha logrado identificar con precisión cuáles son los fundamentos o argumentos en favor de esta teoría cuando se invade el ejercicio de derechos fundamentales, por lo que se justifica la presente investigación.

## 1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

**a) Ámbito temático:** Paternalismo jurídico neutral o justificado.

**b) Ámbito espacial:** No cuenta con este tipo de delimitación por el tipo y naturaleza de la investigación.

**c) Ámbito temporal:** No cuenta con este tipo de delimitación por el tipo y naturaleza de la investigación.

## 1.5. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

### 1.5.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE

El estudio correspondió a una investigación básica, por cuanto estuvo orientado a obtener conocimiento teórico sobre la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico, teniendo como marco de sustento la teoría del bien común y derechos del colectivo, con la finalidad de incrementar el conocimiento doctrinario y jurídico sobre el tema materia de investigación, sin una aplicación inmediata.

El diseño correspondió a uno de carácter no experimental por cuanto la investigación se sustentó en que el análisis y la asociación entre variables fue estudiada tal y como ocurrió, sin manipulación intencional por parte de la investigadora.

### 1.5.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se encontró en el **nivel analítico-descriptivo**, puesto que se realizó un análisis jurídico-filosófico de los fundamentos teóricos y doctrinarios que justifican la restricción

del ejercicio de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico.

La realización de un estudio jurídico se fundamenta en la posibilidad de entender e interpretar los significados del objeto que se estudia – Justificación de la restricción de los derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico - desde una triple perspectiva: la del fenómeno en sí mismo (restricción de derechos fundamentales), la de su engranaje sistémico estructural con una totalidad mayor (teoría del paternalismo jurídico, teoría del bien común y derechos del colectivo), y la de su interconexión con el contexto en el que se desenvuelve.

Asimismo, el estudio fue de nivel explicativo, por cuanto, además de describir el objeto de estudio jurídico sobre la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho, se establecieron los fundamentos jurídicos que justifican el fenómeno de restricción de estos derechos, desde una óptica constitucional, que procure el bien del colectivo, así como las relaciones determinísticas (causa-efecto) que pueden establecerse entre las dimensiones que presenta dicho objeto de estudio; así también, no solo se explicó el fenómeno de la restricción sino que se analizó la relación o implicancia entre las categorías de tal, verificándose las consecuencias teóricas de tal correlación.

### **1.5.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZAN**

El enfoque del estudio fue de naturaleza cualitativa, pues la formulación del problema y su solución se sustentaron en la argumentación e interpretación jurídica y filosófica, por cuanto se construyeron y formularon criterios racionales para la valoración y crítica de los casos en que el ejercicio de los derechos fundamentales se ve restringido en mérito a la institución del paternalismo jurídico, sentándose bases teóricas respecto del juicio de esta restricción de derechos.

### **1.6. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la Teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho son:

- a)** El predominio de la materialización de los derechos del colectivo frente a los derechos individuales como manifestación del bien común.
- b)** La intervención jurídica estatal en el ámbito de los derechos fundamentales individuales como medida de protección del propio sujeto.
- c)** La prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al paternalismo jurídico.
- d)** La funcionalidad del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho desde el enfoque restrictivo de los derechos fundamentales individuales.

## **1.7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.7.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho.

### **1.7.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a. Explicar el intervencionismo jurídico estatal en el ámbito de los derechos fundamentales como garantía de protección del propio sujeto y del bien común.
- b. Analizar el fundamento de protección de derechos fundamentales individuales en relación al ámbito colectivo.
- c. Explicar la preponderancia de la dignidad de la persona humana en un Estado Constitucional de Derecho y su relación con el paternalismo jurídico.
- d. Analizar la optimización del Principio de proscripción de arbitrariedad en el ejercicio individual de los derechos fundamentales.
- e. Establecer los límites bajo los cuales se debe materializar la Teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho.

## **1.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. MÉTODO GENERAL**

Se utilizó el método hipotético deductivo, o llamado método científico, en razón de que se planteó el problema sobre la restricción

de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho, se anticipó una respuesta al mismo (hipótesis), y se sometió a contrastación ésta; en este caso a contrastación conceptual, por tratarse de un estudio jurídico (teórico).

### **1.8.2. MÉTODOS ESPECÍFICOS**

En el estudio de investigación se emplearon los siguientes métodos:

**a. Hermenéutico**, por cuanto se buscó comprender e interpretar el sentido de las teorías filosóficas que justifican la restricción de derechos fundamentales individuales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho, extendiendo esta actividad interpretativa al análisis de teorías relacionadas al tema de investigación.

Empleándose el método hermenéutico en su nivel teleológico, por cuanto, atendiendo a los fines del derecho y a los principios jurídicos, se consideró el objeto, motivo o fin razonable de las leyes vinculadas al paternalismo jurídico. Asimismo, desde el enfoque prescriptivo del derecho, ámbito desde el cual ha sido diseñado el elemento normativo, se buscó comprender sus razones subyacentes.

**b. Argumentativo**, para realizar la contrastación conceptual de la hipótesis de la presente investigación se utilizó la argumentación para construir el discurso jurídico relacionado con la justificación

de la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho.

**c. Dogmático**, teniendo en cuenta los principios doctrinales como medio principal para interpretar el sentido de la norma jurídica o el contenido normativo de las leyes que contienen Derechos Fundamentales (norma jurídica suprema), pues al ser mandatos indeterminados se requiere delimitar su ámbito de protección a partir de las restricciones de estos derechos, dentro de todo un sistema jurídico, basándose fundamentalmente en las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico.

## **1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

En la presente investigación se emplearon las técnicas de análisis de contenido y fichaje, utilizando como instrumentos la libreta de anotaciones y las fichas.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

En este capítulo se desarrolla el marco teórico de la tesis, abordando, en primer orden los antecedentes de la investigación; posteriormente, el marco ius-filosófico; y, finalmente los aspectos jurídicos, teóricos y doctrinarios (naturaleza de la Constitución, Estado Social de Derecho, transición del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho, el bien común, teoría de los derechos constitucionales, derechos del colectivo e individuales, derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la dignidad, teoría de la interpretación constitucional; y, paternalismo jurídico).

#### **2.1. ANTECEDENTES**

Se realizó una búsqueda a nivel de repositorios digitales de tesis, como son CONCYTEC; así como en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes; hallando los siguientes trabajos de investigación, los cuales guardan relación directa con el presente trabajo:

“Utilización racional del paternalismo jurídico como fundamento de las sentencias del Tribunal Constitucional”. Autor: José Luis López Núñez. Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Cajamarca. Año 2012.

El autor realizó una revisión de la aplicación del paternalismo jurídico en las sentencias consideradas Precedente Vinculante por el Tribunal Constitucional, a fin de determinar los criterios que los magistrados de dicho Tribunal deberían utilizar para aplicar racionalmente el paternalismo jurídico como fundamentación de sus decisiones.

“El concepto y la justificación del Paternalismo”. Autor: Macario Alemany García. Tesis de Doctorado. Universidad de Alicante. Año 2005.

El autor aborda la discusión sobre el concepto de paternalismo, proponiendo que ésta sea puesta en relación con la teoría del poder; pues, los casos más claros de paternalismo serían ejercicios de poder y los casos dudosos se situarían en los límites del poder; siendo que quien ejerce el poder sobre otros puede ser responsabilizado por las consecuencias de este ejercicio. Así, el autor, en un afán de justificar este comportamiento paternalista, propone condiciones que deberían cumplirse en el contexto del paternalismo del Estado con sus ciudadanos. Entre estas condiciones destaca la exigencia de una situación de incompetencia básica de la persona tratada paternalistamente.

## **2.2. MARCO IUS-FILOSÓFICO**

Empezaremos conceptualizando al derecho dentro del paradigma Iusnaturalista Racionalista, de modo tal que “el fundamento de este derecho es la racionalidad humana, propiamente dicha, capaz de descubrir en la naturaleza determinadas leyes universales e inmutables, como las tres reglas de la jurisprudencia romana (dar a cada quien lo que le corresponde, vivir de manera honesta y evitar ocasionar daño a alguien) otorgando un alcance más inmanente al principio de autoridad, de vital trascendencia en la teología medieval” (Rovetta, 2008).

El Iusnaturalismo racional, el cual es representado por los filósofos iluministas, quienes determinaron que los principios morales encuentran su nacimiento en la estructura de la razón humana, tratando de axiomatizar

tales postulados auto evidentes que permitían dar origen a las demás normas.” (Cruceta, 2007); entonces, se desarrolla a partir de una teoría moral desde la cual, sostienen se puede analizar la mejor forma de pensar y actuar en cuestiones jurídicas.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico (Aguiló, 2008), implica un cambio o transformación del Estado de Derecho, lo cual puede simplificarse en la fórmula: “del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” o “del imperio de la ley al imperio de la constitución”.

El proceso histórico de constitucionalización del ordenamiento jurídico resulta de la combinación de un conjunto de factores (Guastini, 2006), que pueden darse en mayor o menor medida en determinado orden jurídico, este proceso de constitucionalización es una cuestión de grado, siendo estos factores:

- 1) Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales, la rigidez entendida como la inmodificabilidad o resistencia para la modificación de la Constitución. Cuanto mayor sea la rigidez constitucional, mayor será la tendencia a la constitucionalización.
- 2) Garantía jurisdiccional de la Constitución: alude que la rigidez emerge en una jerarquía normativa y en la imposición o prevalencia de la Constitución sobre la ley, lo cual implica que determinadas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, solo por la Constitución.
- 3) Fuerza normativa vinculante de la Constitución: todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas que obligan a sus destinatarios.

- 4) Sobreinterpretación de la Constitución: interpretación extensiva.
- 5) Aplicación directa de las normas constitucionales.
- 6) Interpretación de leyes conforme al texto constitucional.
- 7) Influencia de la Constitución en el debate y el proceso político.

Anota Manuel Atienza (2006) que el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del derecho natural, hoy por hoy, podría afirmarse que “el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”.

El paradigma positivista legalista es una exposición de lo que ha sido la cultura jurídica edificada en torno al “imperio de la ley” y que ha sido dominante por largo tiempo; sin embargo, como explicaremos con posterioridad, ha sido derrotado por el paradigma no positivista.

La dignidad de la persona humana ha sido objeto de innumerables debates filosóficos a lo largo del tiempo, con gran trascendencia en el ámbito internacional (Michelini, 2010). Su conceptualización sigue siendo, a la data actual, un tema bastante controvertido; al respecto, desde una óptica ético-filosófica (Kant, 1989), el concepto de dignidad humana hace referencia al único y exclusivo fin, el cual no puede ser sustituido ni transferido, con independencia de su situación económica y social, edad, sexo, de la religión, etcétera, y al respeto absoluto que ella merece; sin embargo, este concepto no deja de ser problemático pues, por un lado, es preciso resolver el problema del sustento de su validez, y, de otra arista, los cuestionamientos relacionados con las condiciones de aplicación histórica. La dignidad humana se fundamenta en la prerrogativa de otorgar igual trato a los demás siempre al mismo tiempo como

fin y jamás como medio; idea que sigue teniendo relevancia filosófica y práctica hasta la data actual. Así también, la idea del respeto absoluto que se les debe a las personas radica en la moralidad, es decir, proviene de la pertenencia de las mismas a la comunidad de seres morales. Sin perjuicio de lo señalado, resulta complicado tematizar la dignidad humana en un sentido moral si se desconoce el papel trascendental que desempeñan el lenguaje y la intersubjetividad en el ámbito de la ética.

La dignidad puede ser ejercida solamente por los individuos de la especie humana que forman parte integrante de la comunidad moral, reconocidos como sujetos libres e iguales, e interactúan, con expectativas de reciprocidad, sobre el soporte de relaciones simétricas. Cabe realizar la distinción entre lo “indisponible” y lo “inviolable”, por lo que la vida humana es considerada indisponible, debiendo ser tratada con el respeto que merece su valor intrínseco; y, a diferencia de lo anotado, las personas poseen una dignidad inviolable, mereciendo un respeto absoluto (Habermas, 1985).

Es importante referir que los individuos de la especie humana están integrados desde el inicio (o sea desde la concepción) en el proceso de socialización lingüística y pública de la comunidad de comunicación, y no apenas y solamente a raíz del nacimiento, e independientemente de cuándo pueda ser considerado persona o adjudicársele dignidad personal. Entonces, el nacimiento no constituye ninguna escisión radical, sino sólo una etapa en el devenir de un ser humano. Así, la interdependencia es un fenómeno constitutivo en el proceso de desarrollo de la vida de los seres humanos; y, no se trata de un fenómeno puramente natural, sino que se trata de un fenómeno social, con sustento

lingüístico-comunicativo y en el cual están en juego aspectos afectivos, expectativas, miedos y esperanzas, entre otros.

Respecto de los Derechos Humanos, éstos son las garantías morales básicas que la gente posee en todos los países y culturas, simplemente por el hecho de serlo. Llamar “derechos” a estas garantías implica que los sujetos pueden invocarlos, así también que, son de alta prioridad, y de obligatorio cumplimiento, más que discrecional (Nickel, 1948).

Tras la última guerra mundial en Europa nace la necesidad de reconstitución de la vida social y política, conduciendo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de herramientas constitucionales capaces de volver resistente al texto constitucional frente al específico destino de toda disposición normativa: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa (Parejo, 1981).

Así pues, encontramos las siguientes teorías de los derechos fundamentales: a) teoría positivista: el contenido esencial se vincula a la protección legal de los intereses defendidos por el Derecho, observando la autonomía individual o tutela de la voluntad ante a eventuales actos de intromisión del del Estado. b) teoría de los valores: busca identificar el contenido esencial con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho, como institución antecesora a la reglamentación legislativa. c) teoría institucional: Se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales (Pérez 2010). Por ello, la protección de este contenido esencial debe entenderse en el sentido de garantía institucional, la cual alude a los fines que han sido establecidos de manera objetiva (institucionalizados) por la Constitución y en

función de los cuales se reconocen los derechos y libertades fundamentales, o en otros términos, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que otorgan vida al derecho, resulten efectiva, concreta, realmente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal.

El carácter limitado de los derechos es actualmente una evidencia, y la habilitación constitucional al legislador ordinario busca, principalmente, excluir al Ejecutivo y a su producción normativa propia, los Reglamentos, de toda posibilidad de incidir sobre la regulación de estos derechos.

Después de los sucesos acaecidos tras la Segunda Gran Guerra, parte de la problemática de los derechos ha venido girando no ya en torno a su reconocimiento en diversas normas jurídicas sino en el ámbito de los medios de protección de estos atributos subjetivos con que se reconoce a la persona. Aquellas herramientas de protección de los derechos fundamentales, están lejos de constreñirse solamente a lo que medios judiciales de defensa se refiere. Pues, al lado de aquellos procesos judiciales también es posible advertir la presencia de un conjunto de mecanismos que bien podríamos denominar de carácter institucional (p.e.: el Defensor del Pueblo) y de garantías normativas de protección de los derechos fundamentales.

Limitar un derecho fundamental significa prever una serie de restricciones en el ejercicio del derecho (p.e.: no fumar (derecho al libre desarrollo de la personalidad) en lugares públicos y cerrados). No es que el derecho constitucional en sí mismo pueda resultar restringido o limitado, sino únicamente

su ejercicio. Esencialmente, son dos las razones jurídico-constitucionales que se reconocen como legítimas para restringir el ejercicio de un derecho fundamental. En primer lugar, porque el reconocimiento de los derechos fundamentales se realiza de manera universal o general, a todos los individuos, por lo que el ejercicio de los derechos requiere de relaciones de compatibilización y coordinación entre todos y cada uno de los atributos. En segundo lugar, porque el reconocimiento de cada uno de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, no se realiza de manera aislada, sino que, al tiempo que se reconocen otros derechos fundamentales, de igual modo se incorporan un conglomerado de bienes y valores de rango constitucional (seguridad, orden público, etc.), que exigen como condición para alcanzarlos, que en determinadas circunstancias, el ejercicio de los derechos tenga que ser necesariamente restringido (Parejo, 1981).

Tales límites respecto de los derechos fundamentales, pueden fijarse de manera directa por el ordenamiento jurídico constitucional, como ocurre con el derecho a la libertad de tránsito y la posibilidad de ser limitado en virtud de un mandato de carácter judicial. O bien, estos límites pueden ser derivados de la Constitución, mediata o inmediatamente, frente a la necesidad de armonizar su ejercicio con el de otros derechos constitucionales; tales límites pueden desprenderse, expresa o tácitamente, del texto constitucional, como consecuencia de equilibrar su ejercicio (el de los derechos fundamentales) con la preservación de bienes o valores constitucionales de muy importante consecución (p.e.: el de la libertad de tránsito en los estados de excepción, con el objeto de preservar el orden interno, que incluye el llamado orden público).

Se rebasa o se desconoce el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando se somete a éste a limitaciones que lo hacen imposible de ejercitar, dificultando su ejercicio irrazonablemente o despojándolo de protección necesaria.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, consiste en la capacidad de determinación del individuo de elegir en forma autónoma y libre su proyecto de vida; siendo el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere o decide ser, sin controles injustificados ni coacciones, con la finalidad de dar cumplimiento a las metas u objetivos que se ha fijado, según sus ideas, expectativas, valores o gustos, en la medida que estos aspectos son parte de la forma en que el sujeto se proyecta vivir su vida y que, consecuentemente, solo a él corresponde decidir autónomamente (Cornieles y Morais, 2004).

El presente trabajo de investigación encuentra cabida en el paradigma no positivista principialista, caracterizado por dos notas fundamentales: la censura del positivismo jurídico y el recurso a los principios como instrumento. Entendemos por positivismo jurídico a aquella teoría que sostiene la ausencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral y por no positivismo a aquella tesis basada en la existencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

Si el derecho actual está compuesto de principios y reglas, cabe observar que las disposiciones legales son prevalentemente reglas, en tanto las disposiciones constitucionales sobre justicia y derechos son principios, prevalentemente. Por ello, diferenciar las reglas de los principios implica, a grandes rasgos, distinguir la ley de la Constitución (Zagrebelsky, 1995).

Entonces, a fin de poder comprender los alcances del presente estudio de investigación, en primer orden debemos delimitar qué se entiende por paternalismo jurídico, empezando por definirlo, aun sabiendo que supone un concepto bastante controvertido, con innumerables disputas doctrinales en cuanto a concepto se refiere; sin embargo, empezaremos refiriendo que el paternalismo consiste en la intervención coactiva del Estado en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma; por tanto, existe, en determinadas circunstancias, una buena razón a favor de una prohibición impuesta en contra de la voluntad del destinatario cuando es necesario evitar que el sujeto se infrinja algún daño (Garzón, 1988).

El paternalismo, en sentido amplio, consiste en la interferencia en la acción de una persona, justificada por razones referidas exclusivamente al bienestar, a la felicidad, al bien, a las necesidades, a los valores o a los intereses de la persona coaccionada. De acuerdo a ello, el paternalismo jurídico implica, en primer término, la intervención del Estado sobre el comportamiento de las personas a través de la imposición de leyes o políticas públicas, teniendo como primer marco de referencia el Principio de Legalidad imperante en un Estado de Derecho (Dworkin, 1985).

En segundo término, el comportamiento que se busca prohibir no supone un daño directo a una tercera persona, pues el daño físico o psíquico o la pérdida del beneficio solo va a sufrirlo la persona que ejerce el accionar; sin embargo, pese a la falta de afectación a terceras personas, la finalidad del Estado es proteger a todos sus ciudadanos, interviniendo mediante la búsqueda de mecanismos legales que frenen o modifiquen su comportamiento.

En tercer orden, en el paternalismo se busca evitar un daño y procurar un beneficio (propósito benevolente y beneficente), lo cual se traduce en evitar daños y procurar beneficios.

Así pues, dentro del contexto de Estado democrático y constitucional, sería racional permitir ciertas medidas paternalistas que suponen intromisiones leves en la libertad de los individuos, como es el caso de la irrenunciabilidad de derechos, ejercicio obligatorio del derecho a la educación, derecho de defensa, obligación de llevar el cinturón de seguridad o casco de protección, detracciones obligatorias para asegurar una pensión de jubilación, prohibición de venta de medicamentos sin receta médica, entre otros (Alemany, 2005).

## **2.3. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS**

### **2.3.1. NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN**

La supremacía constitucional posee en su naturaleza dos vertientes que explican su funcionamiento. Por una parte, está el aspecto formal, sin el cual carecería de fuerza y exigibilidad. En la actualidad, el aspecto formal se ha visto menoscabado o mermado, pues la supremacía de la Constitución en los sistemas donde existen bloques de constitucionalidad es compartida con otros ordenamientos, tal es el caso de los tratados internacionales de derechos humanos. Por otra parte, está el aspecto sustancial, axiológico o material, que manifiesta lo más importante que tutela o protege la Constitución: dignidad y derechos humanos. Estos dos aspectos son de vital importancia para el adecuado quehacer constitucional (Del Rosario-Rodríguez, 2011).

La supremacía constitucional es un principio inherente a toda forma de existencia constitucional, de modo que es indispensable observar su dimensión real en cuanto a su naturaleza. Actualmente, pareciese imposible mantener una visión únicamente formalista de la Constitución y de la supremacía, por cuanto existen aspectos sustanciales, como son la prevalencia de los derechos humanos, que se privilegian como factores prioritarios. Si bien es cierto, la supremacía, desde el aspecto formal, es un concepto incompleto, sobre todo con el incremento de los llamados bloques de constitucionalidad, es un hecho que el aspecto sustancial de la supremacía está fortalecido, y ello permite que la supremacía constitucional sea un rasgo distintivo (Del Rosario-Rodríguez, 2011).

La Constitución no será norma suprema por su carácter, sino que lo será en la medida que contempla elementos axiológicos que incidan en la protección y vigencia de los derechos humanos, uniformizados con los con los criterios internacionales. Esta doble naturaleza no conlleva una negación del principio de no contradicción, pues, por el contrario, constituye una dimensión necesaria y real para que los contenidos sustanciales de la Constitución estén garantizados mediante la supremacía que en su forma óptima puede propiciar (Del Rosario-Rodríguez, 2011).

Uno de los temas más discutidos en la teoría del Derecho de las dos últimas décadas es, sin ninguna duda, el de los principios. El debate, refieren Atienza y Ruiz Manero (2001), se inicia con un

trabajo de Dworkin (1979), el cual caracteriza mal la concepción de Hart y la del positivismo jurídico en general. Sostienen que una concepción del Derecho como la de Hart no tiene por qué verse abocada a negar que el Derecho está integrado, además de por reglas, por pautas del tipo que Dworkin llama principios. Pero no debemos dejar de reconocer, de igual modo, que los principios del Derecho han sido cuando menos postergados a través del análisis realizado por Hart, pese a ser de enorme importancia para entender la estructura y el funcionamiento del Derecho. De otro lado, lo que es válido para Hart se aplica también a autores como Alchourrón y Bulygin (1974), en cuyo caso, parece que por “principios jurídicos” tan sólo podría entenderse una de estas dos acepciones: O se trataría de disposiciones no coactivas (enunciados que prohíben permiten u ordenan, conductas en determinados casos genéricos sin establecer sanciones), caracterizados porque la descripción de las propiedades trascendentes del caso genérico correspondiente presentaría un grado alto de generalidad y/o de indeterminación semántica; de modo que serían disposiciones (enunciados que correlacionan casos con soluciones) indistinguibles de las reglas, o podría tratarse de enunciados que no serían normas ni tendrían influencia sobre las consecuencias legales del sistema (verbigracia: los enunciados que presentan teorías políticas y que no representan ningún problema de interés; Kelsen se inclina a eliminarlos, lo cual resulta ser muy razonable. De modo que ninguna de estas dos

alternativas –los principios, o son reglas o son irrelevantes– parece aceptable. El propósito de Atienza y Ruiz Manero (2001) no es el de presentar una versión mejorada de alguna de las anteriores concepciones del Derecho para así dar cuenta cabal de los principios ni tampoco intervenir en una polémica que en muchos aspectos se ha vuelto ciertamente espesa; sino, utilizando con libertad elementos surgidos en el anterior debate, se trata más bien de dar respuesta a ciertas preguntas fundamentales que ocasionan los principios en el Derecho: en primer lugar, cuáles son los rasgos estructurales que diferencian a los principios de las reglas; qué tipo de razones para la acción son los principios y en qué se diferencian a éste respecto de las reglas; y, qué aportan los principios a la justificación en el ámbito jurídico (Atienza & Ruiz Manero, 2001).

### **2.3.2. ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

La constitucionalización del orden jurídico, anota el profesor Josep Aguiló Regla (2008), implica una transformación del Estado de Derecho, la cual puede sintetizarse en la fórmula: “del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” o “del imperio de la ley al imperio de la constitución”.

En el texto “Estudios de Teoría Constitucional” se hace referencia a siete condiciones que todo ordenamiento jurídico debe cumplir a fin de estar acorde a normas constitucionales; asimismo, las condiciones uno y dos son necesarias y esenciales de la constitucionalización (Guastini, 2001). A continuación, se

expondrán brevemente las siete condiciones de constitucionalización:

**A) Constitución rígida**

Guastini empieza haciendo referencia a la constitución rígida, debiendo cumplir con ciertos requisitos indispensables. El primero de ellos es la escrituralidad, así también debe estar protegida o garantizada contra la legislación ordinaria, pues las normas constitucionales no pueden ser modificadas, abrogadas o derogadas, si no únicamente a través de un procedimiento complejo y especial de revisión constitucional.

De modo que, cuando una Constitución rígida está en vigencia, es preciso distinguir dos niveles jerárquicos a nivel de legislación: legislación ordinaria y legislación constitucional. Cabe referir que la Constitución está por encima de la legislación ordinaria, como ya se ha mencionado.

Actualmente, la mayoría de Constituciones contemporáneas son escritas y a la vez, rígidas. Sin embargo, es oportuno resaltar que la constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos en donde existen principios constitucionales que no pueden ser modificados. Este conjunto de principios “inmutables” constituyen la “Constitución material”.

**B) La garantía jurisdiccional de la Constitución**

En la mayoría de ordenamientos jurídicos, el órgano competente para ejercer el control de la Constitución es un órgano jurisdiccional o semijurisdiccional.

Actualmente existen sistemas de control diversos, pudiendo ser evaluados desde el punto de vista de su eficacia; a continuación, se pueden distinguir tres modelos fundamentales.

a. Primer modelo: control *a posteriori* (mediante vía de excepción) y, por lo tanto, *in concreto*, ejercido por cada juzgador en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional.

Este sistema de control presenta dos características importantes. La primera, hace posible que una ley inconstitucional entre en vigor y sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces. La segunda, la decisión de un juez que declare la ilegitimidad constitucional de una ley, no produce efectos genéricos, sino efectos circunscritos a la controversia decidida.

Los efectos de las decisiones de ilegitimidad constitucional, son generales en todo ordenamiento en donde esté vigente el principio *stare decisis*, es decir, aquel que confiere fuerza vinculante a los precedentes (Estados Unidos, es un clásico ejemplo de este modelo).

b. En el segundo modelo se realiza un control *a priori - in abstracto*, ejercido por un tribunal constitucional. Este tipo de control, clásico de Francia, en teoría impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor. Pero el control *in abstracto* no puede asegurar una total conformidad de las

leyes con la Constitución, ya que los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden ser plenamente determinados si no es atendiendo a su impacto sobre casos específicos o concretos.

- c. El tercer y último modelo, ejerce un control *a posteriori* – *in concreto* (vía excepción), ejercido por un tribunal constitucional; no pudiendo impedir la entrada en vigor de leyes inconstitucionales.

De otro lado, la decisión del tribunal constitucional que declara la ilegitimidad constitucional de una ley está provista de efectos generales, es decir, *erga omnes*: la ley es, en definitiva, anulada y ya no puede ser aplicada por juez alguno.

### **C) La fuerza vinculante de la Constitución**

Esta condición considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate (Guastini, 2001).

Las Constituciones contemporáneas, en su mayoría, son “largas”, pues incluyen una declaración de derechos, una serie de normas que regulan directamente las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Además, se cuenta con: Principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que exigen concretización e interpretación de parte del legislador, de los jueces y de los órganos del Estado en general. Y, disposiciones programáticas que otorgan a los ciudadanos derechos sociales, que tampoco son susceptibles de aplicación

inmediata sino hasta que los programas sociales y económicos previstos por la Constitución no son realizados mediante disposiciones legales.

Ahora bien, no siempre los principios generales y las disposiciones programáticas son concebidos como disposiciones jurídicas genuinas, vinculantes y jurídicamente eficaces.

Así, las disposiciones que otorgan derechos de libertad, con frecuencia se presentan más como normas de principio que como reglas de conducta, a partir de que, en muchos casos, su formulación, al lado de la enunciación formal de un derecho subjetivo, incluye igualmente una remisión a la ley. De modo tal, que es posible afirmar que semejantes disposiciones no son susceptibles de aplicación jurisdiccional hasta que no hayan sido promulgadas las leyes ordinarias para precisarlas o concretizarlas.

Entonces, para determinadas doctrinas, las Constituciones no son más que un “manifiesto” político, cuya concretización es labor exclusiva del legislador. Uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es la difusión, siendo una disposición jurídica vinculante, genuina y susceptible de producir efectos jurídicos.

#### **D) La “sobreinterpretación” de la Constitución**

La cuarta condición de constitucionalización depende de la postura de los intérpretes frente a la Constitución: los jueces

(sobre todo el tribunal constitucional, en caso de que tal tribunal exista), los órganos del Estado en general y, naturalmente, los juristas (Guastini, 2001).

Toda Constitución es un texto “finito”, incompleto, limitado, contiene lagunas en el sentido, no pudiendo regular la vida política y social en su conjunto.

Una laguna no depende del texto en cuanto está dado, sino que depende de cómo está interpretado el texto en cuestión. Todo texto constitucional es susceptible de dos tipos de interpretaciones: una interpretación literal y una interpretación extensiva.

Si se prefiere la interpretación literal, ninguna Constitución resulta completa: antes bien, cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida social y política. Existe gran parte de la vida sociopolítica que no está regulada, a nivel constitucional, por disposición jurídica alguna. En este espacio jurídicamente “vacío” toda conducta está, por así decirlo, permitida.

Por el contrario, si se opta por la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*), la Constitución puede ser interpretada o “sobreinterpretada”, regulando los aspectos de la vida política y social.

Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada por determinada disposición

normativa constitucional. No existe alguna norma que quede exenta del control de legitimidad constitucional. Una condición importante de constitucionalización es precisamente la sobreinterpretación del texto constitucional, siendo entendida como vinculante.

#### **E) La aplicación directa de las normas constitucionales**

Esta condición depende de la difusión en el ámbito de la cultura jurídica de determinada concepción del texto constitucional; así como de la actitud de los jueces (Guastini, 2001).

En la concepción liberal clásica, la función de la Constitución es limitar el poder político (estatal). Las normas constitucionales regulan la forma organizativa del Estado y las relaciones entre éste y los ciudadanos. De modo que, las disposiciones constitucionales no son susceptibles de aplicación directa por parte de los juzgadores en los conflictos o controversias que accione un ciudadano frente a otro ciudadano.

Los juzgadores deberán aplicar únicamente la ley; la Constitución no es idónea ni apta para generar efectos en la vida social sino hasta luego de haber sido “concretizada” por leyes.

Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión

de cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares.

Según la concepción liberal clásica, la Constitución es un límite a la legislación. Según la otra concepción, la legislación no es sino el desarrollo de los principios constitucionales o la ejecución de los programas de reforma trazados en la Constitución. Esta quinta condición de constitucionalización está estrechamente vinculada tanto a la tercera como a la cuarta, pues la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva.

**F) La interpretación conforme de las leyes**

Esta condición tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley (Guastini, 2001).

No existe un texto legal que tenga solo un significado determinado antes de la interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto legal nunca puede ser susceptible de una sola interpretación.

Ocurre que cierta disposición legislativa —*in abstracto* o *in concreto*— es susceptible de dos interpretaciones: la primera contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda es del todo conforme con la Constitución.

Tocará al juez elegir la interpretación “correcta”, preferible. El juez puede elegir entre dos posibilidades: interpretar la disposición en cuestión de la primera forma y, por consecuencia, considerarla inconstitucional, o bien, interpretarla de la segunda forma y considerar, por tanto, que es conforme con la Constitución.

**G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas**

La última condición es un tanto imprecisa, pues depende de diversos elementos: el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces, la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

Respecto del contenido de la Constitución, algunos textos constitucionales confieren al Tribunal Constitucional el poder de resolver las controversias de competencia entre los órganos constitucionales. Las contiendas en cuestión no son otra cosa que desacuerdos políticos referidos a las relaciones de poder entre los órganos del Estado.

Por lo que concierne a la postura de los jueces en general y del Tribunal Constitucional en especial, quien juzga la legitimidad constitucional de las leyes puede adoptar una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*, respetando la discrecionalidad política que tiene el legislador, o, incorporar en la discusión las decisiones legislativas, pese a que éstas no sean notoriamente inconstitucionales.

De la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos, las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política (de los órganos y de los actores) para justificar sus decisiones y acciones (Guastini, 2001).

### **2.3.3. DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Se trata del aún no resuelto tema de las limitaciones del Estado liberal democrático para dar respuesta a la formalidad que adquiere la igualdad jurídico-política de los sujetos en su ordinaria condición de ciudadanos, cuando éstas no han resuelto ciertas necesidades sociales básicas. Se trata, entonces, de que, para alcanzar la ciudadanía política plena, se requiere el reconocimiento de una ciudadanía social, la cual vendría dada por un tipo organización política como el Estado Social de Derecho. El calificativo social hace referencia a la corrección del individualismo clásico liberal mediante una afirmación de los denominados derechos sociales y de una realización de los objetivos de justicia social. Y paralelamente actúa como objetivo la consecución de un bienestar social que configura precisamente al Estado social de Derecho, planteándose la existencia de dos influencias opuestas en las sociedades modernas desde sus inicios: los efectos polarizadores de la economía capitalista y los efectos integradores de la ciudadanía. El Estado Social de Derecho se constituye así en la salida histórica a la dialéctica entre Estado liberal abstencionista

y sistema socioeconómico al libre mercado que provoca expansión económica pero también desequilibrios sociales considerables; una posible salida ante la contradicción producida entre el reconocimiento de la igualdad de los sujetos en la esfera política y su negación o relativización en la esfera económico-social. Finalmente, conviene explicitar sobre dos aspectos: de un lado, la identidad socialdemócrata está inevitablemente ligada a la construcción de un Estado Social de Derecho; sin embargo, a la vez, la construcción de esta forma de Estado, en alguna de sus variantes, implica un hecho siempre específico a cada país y región del mundo, en términos políticos, económicos y culturales. La construcción de un Estado de Bienestar es un complejo y largo proceso histórico: su épica se diluye en incontables cotidianas luchas por leyes sociales más justas e instituciones, así como herramientas estatales y societales de bienestar; y en la transformación cultural de una sociedad que va haciendo colectivamente la opción de ir obteniendo la plenitud democrática, a través del reconocimiento de la ciudadanía económica y social de los individuos (Moreno, 2003).

Liberalismo individualista y liberalismo social: En condiciones de modernidad, la comunidad moral estableció el principio de pertenencia a una *politeya* como responsabilidad tanto colectiva como individual de sus sujetos. Sin embargo, existen visiones teóricas contrapuestas respecto a cuáles deberían ser las institucionalizaciones de los dos ámbitos de responsabilidades

individual y colectiva entre derechos y deberes ciudadanos. Dos expresiones divergentes del pensamiento liberal sirven para ejemplificar estas disparidades al momento de efectivizar el principio civilizador. Para el liberalismo igualitarista existe una obligación o deber moral de la comunidad en la provisión de los medios para que éstos cubran las necesidades básicas de todos los ciudadanos, por cuanto su inexistencia imposibilitaría el cumplimiento de los deberes individuales de los sujetos en situación de precariedad. En un punto de coincidencia entre las dos concepciones opuestas podría argumentarse que la existencia de determinados derechos comunitarios mínimos debería evitar que los sujetos fueren privados del acceso a los servicios y bienes básicos. La primera institución armoniza los valores del autointerés individualista y del cálculo económico de carácter instrumental en las relaciones materiales entre los ciudadanos. La segunda institución es depositaria de la autoridad de carácter coercitivo, asumiendo funciones de procura asistencial. Tanto una institución como la otra han contribuido a disipar en variantes ideológicas contrapuestas (estatalista y libertaria) las responsabilidades morales de los ciudadanos con respecto al cuerpo político, o politeya, del que forman parte (Moreno, 2003).

En postulados ideológicos menos radicales, el sentido y significancia de deber moral de los sujetos en relación a sus conciudadanos es proclive a debilitarse, sea que se ponga atención o fortaleza en la mercantilización o en la socialización. Al asumir el

Estado, desde el ámbito de su legitimidad democrática, una responsabilidad en que procure o tienda a la asistencia colectiva, puede suceder que los sujetos olviden su propio deber individual, disolviéndose de forma vicaria la solidaridad general en una acción estatalista en pro del bienestar común. Si sucediere así, la solidaridad de la sociedad civil puede disminuir al generalizarse una solidaridad institucionalizada de clase mecanicista. Especialmente en el Estado de Bienestar de clase universalista el transvase de un enorme número de responsabilidades al sector público, posibilitado mediante transferencias altas redistributivas fiscales, puede conllevar la extensión de un tipo de responsabilidad anónima que podría encubrir una obligación moral individual en relación al conjunto social. Convenida la responsabilidad individual ciudadana se manifiesta en una panoplia de asociaciones altruistas, u organizaciones no gubernamentales (ONGs), que reflejan el nivel civilizatorio y la calidad democrática de la sociedad donde se manifiestan (Moreno, 2003).

#### **2.3.4. EL BIEN COMÚN**

El individualismo y el relativismo moral, alimentados, según refiere Álvarez (2015) en su Tesis “La intervención del Estado en la Libertad Individual: liberalismo, paternalismo, bien común”, por el liberalismo, han calado extraordinariamente en el hombre contemporáneo. Pese a la generalización del primero, el individuo actual no puede dejar de percibir que necesita de la sociedad. Pero, lastrado por aquel individualismo, concibe y justifica la sociedad

“como un orden puramente formal y procedimental”; de modo que aquella se presenta como un orden ajeno a cualquier concepción del bien humano, en el que lo natural es una discusión pública basada exclusivamente en la apelación a valores formales.

La raíz está, en “lo difícil que se ha hecho para el hombre contemporáneo captar lo común, percibir en la sociedad contenidos compartidos, y argumentar en términos de bien común ante los conflictos sociales” (Álvarez, 2015). El producto resultante es patente: se desconfía de la posibilidad de un bien común, de manera que se exige que el orden social sea cada vez más formal y neutral (Cruz Prados, 2009).

Refiere también que el ambiente social está imbuido de relativismo; de modo que es muy frecuente considerar las ideas de “verdad” y de “bien” como amenazas para las libertades, en particular cuando el Estado pretende enarbolarlas e imponerlas. En este contexto, “la idea del bien común” está claudicando “bajo sospecha de no casar con el relativismo rampante”. Lo cual no provoca sino una puesta en peligro de la dignidad de la persona, quebrada por demás, y contribuye a producir “un nuevo eclipse del hombre” (Llano, 1999). Además de la condición de ser social del hombre, entiendo que el otro gran ausente en la temática interventora es, precisamente, la responsabilidad del Estado como gestor del bien común. Tanto es así que la importancia práctica que se otorga al paternalismo para explicar y justificar numerosas instituciones jurídicas, se atribuye al concepto de bien común (Alemany, 2005).

El mismo fin del Estado consiste en hallarse regida por la idea de que este no es nada más, ni nada menos, que una ayuda precisa para el bien común de todos los miembros que componen la sociedad civil (Millán-Puelles, 1976). Fin esencial del Estado que operará, por tanto, como su límite, en la medida en que aportará legitimidad a sus actuaciones (Llano, 1999).

La noción de bien común parece, en buena medida, olvidada, siendo que atesora una tradición inmemorial: Tomás de Aquino, en el siglo XIII, definía la ley como “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad” (De Aquino, 90)

¿Por qué parece haberse abandonado, en concreto, el término “bien común”? Puede subyacer en tal reemplazamiento la idea de que no compete al Estado definir “bien” humano alguno más allá de sus derechos fundamentales: de hacerlo atentaría contra una neutralidad axiológica que debe exigirse al Estado. Se ha excluido la operatividad de la noción de bien común, sustituida por la del interés general, nociones que resultan, en principio, inconmensurables: mientras el concepto de bien común presenta un carácter marcadamente ético, la idea de interés general posee una índole instrumental y, por así decirlo, técnica. Frente a esta concepción, que comporta una “pérdida de sustrato moral”, se propone “superar la dicotomía entre el perfeccionamiento privado y el provecho público. No es otra que la noción (aristotélica) de vida buena orientada hacia el bien común” (Llano, 1999).

El bien común abarca la suma de aquellas condiciones de la vida social con las que las familias, los hombres y las asociaciones pueden conseguir, de una forma más plena y expedita, su propia perfección. Por tanto, el Estado, en su tarea de gestor de la sociedad, no tiene por qué ceñirse a la consecución del bien material de los ciudadanos, sino que puede y debe atender a su bien integral, que incluye aspectos morales (Llano, 1999).

### **2.3.5. TEORÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

La Constitución Política del Estado, como norma jurídica fundamental, lleva a preguntar por el valor normativo de las disposiciones constitucionales que reconocen los derechos. Derechos reconocidos en la Constitución, significan lo que implica su contenido constitucional y jurídico. En el derecho a la libertad de información, el derecho a la salud o el derecho al voto, cabe cuestionarse respecto de su contenido constitucional. De ahí que no se pierda razón cuando se afirma que la correcta determinación del contenido y alcance de un derecho fundamental es la principal cuestión a la que debe hacer frente el operador jurídico que tiene bajo su cargo la solución de conflictos que involucran los derechos reconocidos constitucionalmente (Castillo, 2005). En la medida que los derechos fundamentales están recogidos en normas constitucionales abiertas, generales y a veces indeterminadas, una definición acertada de su contenido dependerá de una actividad interpretativa idónea. Esta actividad interpretativa de la disposición constitucional, que no es precisamente la misma que la actividad

interpretativa de la disposición legal, viene influida – entre otros elementos– por los siguientes dos factores: primero, el fundamento que se le atribuya a los derechos del hombre, pues son distintas las consecuencias que se obtienen de interpretar un derecho según una visión positivista, que desde una perspectiva iusnaturalista; y, de otro lado, la formulación de la disposición constitucional en la que haya sido reconocido el derecho, formulación que es el inicio de la determinación de lo constitucionalmente permitido por un derecho. Y se trata de una garantía “normativa” en la clasificación de Pérez Luño (2010) en la medida que, al reconocerse la existencia y exigibilidad de ese contenido, ayuda a garantizar que el derecho no llegue a desnaturalizarse. Definida de esta manera la garantía, no puede generar más que un inmediato y completo acuerdo, más aún cuando así lo exige el principio de normatividad de la Constitución, por el cual todas las disposiciones contenidas en el texto constitucional no son simples declaraciones retóricas o enunciados de principios sin vinculación ni materialización alguna, sino que son disposiciones que deben obligar real y efectivamente a sus destinatarios.

Entonces, podemos concluir en que los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias

para su definición y delimitación en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental (Müller, 1990).

Tras la última guerra mundial en Europa nace la necesidad de reconstitución de la vida social y política, conduciendo a los constituyentes germano-occidentales de 1949 a la búsqueda de técnicas constitucionales capaces de hacer al propio texto constitucional resistente frente al destino propio de todo texto normativo: su disponibilidad por el propio legislador competente, según el sistema de producción normativa (Parejo, 1981).

Así pues, encontramos las siguientes teorías de los derechos fundamentales: **a) teoría positivista:** el contenido esencial se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el Derecho, observando la tutela de la autonomía individual o voluntad ante a eventuales intromisiones del Estado. **b) teoría de los valores:** esta teoría es proclive a identificar el contenido esencial de cada derecho, con el núcleo objetivo intrínseco, como entidad previa a la reglamentación legislativa. **c) teoría institucional:** Se refiere a la dimensión institucional que define el sentido, alcance y condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales (Pérez, 2010).

Por lo que la protección del contenido esencial debe ser entendida como garantía institucional que alude a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales se reconocen los derechos y libertades

fundamentales, o en otros términos, el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye aquella parte del derecho fundamental que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Es el núcleo duro que permite reconocer al derecho fundamental como tal (Nickel, 1948).

### **2.3.6. DERECHOS DEL COLECTIVO E INDIVIDUALES**

La coexistencia entre derechos individuales y colectivos nace desde los inicios de la sociabilidad humana, considerando que el ser humano no sólo es individuo sino esencialmente parte de algún referente social colectivo. Si bien a largo de la historia se ha privilegiado un derecho sobre el otro, de acuerdo a ciertos parámetros ideológicos, la eliminación por completo del uno a favor del otro, nunca fue posible. Si retomamos las tendencias ideológicas que se generaron en el occidente durante los últimos siglos de modernidad, el derecho individual ha sido privilegiado sobre los derechos colectivos, excepto durante este último siglo de experiencia socialista en la ex Unión Soviética, donde se impuso como derecho colectivo determinante la clase social, generando dos bloques mundiales hegemónicos que duró hasta 1989. Por otro lado, y con la caída del muro de Berlín, el reconocimiento o no de la existencia de derechos colectivos en favor de determinados grupos o colectividades, ha devenido en una de las cuestiones jurídico-políticas más controvertidas de las últimas décadas. Sin

embargo, y en contra de lo que pudiera pensarse, la teoría de los derechos colectivos no es nueva, sino que ha ocupado a clásicos del pensamiento político como Aristóteles, Vitoria, Rousseau, Hegel, Fichte o Marx (Molina, 2011).

También ha constituido uno de los aspectos fundamentales de la evolución política y social del mundo (qué otra cosa es sino la pugna establecida entre el liberalismo y el marxismo). Y ello es lógico, puesto que, en definitiva, el debate sobre la dimensión individual o social del ser humano es un problema casi tan antiguo como la propia humanidad, o por lo menos tan viejo como la propia filosofía política. Sin embargo, el debate sobre derechos colectivos de reciente data se da en un contexto global en el que pueblos y naciones no occidentales cuestionan e interpelan la predominancia del derecho individual particularmente en las declaraciones de los derechos humanos promovidos por las Naciones Unidas (Molina, 2011).

Muchos países, especialmente del Asia, África y Latinoamérica, introducen propuestas concretas de reconocimiento de los derechos humanos colectivos según formas tradicionales tanto de corte religioso o culturalista.

Junto a ellos existen, sin embargo, otros muchos derechos de carácter social o político (la huelga, sindicalización, participación política, o pertenencia étnica o nacional o derechos a la cultura propia) cuya puesta en práctica sólo tiene sentido si se ejercita de forma colectiva. No parece caber duda alguna, por lo tanto, la

posibilidad de un ejercicio colectivo de los derechos humanos (Molina, 2011).

A pesar de aquello, mucho más polémico resulta la posibilidad del reconocimiento de una titularidad colectiva de los derechos humanos. Es ésta una cuestión sobre la que se ha debatido y escrito mucho en torno a las últimas declaraciones de derechos humanos. En un mundo occidental profundamente individualista en su historia moderna, resulta difícil justificar la existencia de derechos colectivos, en tanto particularmente su titularidad. Domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa. La modernidad reconoció al individuo como fundamento y fin último de toda organización colectiva, articulando siempre lo colectivo al individuo. Lo cual se resume a lo siguiente: todo ser racional, como fin en sí mismo, debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a que pueda estar sometido, al mismo tiempo como legislador universal. Solamente individuos autónomos pueden ser la justificación de cualquier forma de organización social, de cualquier ente colectivo. El individualismo moderno sostiene que lo colectivo es una construcción de los individuos, no es algo natural, sino "artificio". Los fenómenos sociales se basan en ficciones y los fenómenos individuales se basan en hechos. Nada colectivo tiene sentido si no es por su incuestionable servicio a los individuos (Molina, 2011).

Pese al predominio liberal sobre el sujeto del derecho, las paradojas rodean cada vez más al individualismo. El individualismo contemporáneo no puede ignorar los roles tan importantes que desempeñan los llamados sujetos colectivos. No podemos olvidar una paradoja nuclear que planteaba la propia Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fue sin duda y ante todo una declaración de derechos individuales, inalienables y sagrados, fijando límites, sin embargo, a esos derechos, límites que recaen en la soberanía de la nación, esto es, en un genérico y difuso derecho colectivo, así como en la ley como voluntad general. La ley podía prohibir las acciones que resultaran dañosas, no precisamente a unos individuos, sino en estricto a la sociedad. El origen de toda soberanía reside fundamentalmente en la nación. Ningún órgano ni individuo alguno pueden ejercer autoridad que no emane de manera expresa de ella. La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad. “La ley es la expresión de la voluntad general (...)”<sup>1</sup>. Entonces el derecho de las naciones y de los pueblos a su soberanía, que es un derecho colectivo inventado por el individualismo moderno, sigue vivo todavía hoy y engendra conflictos doctrinales y políticos muy serios. Si se mira al pasado se podrá advertir que dos guerras mundiales y un amplio proceso político de descolonización en gran medida violento y conflictivo se han dado por la afirmación decidida de ese derecho colectivo emblemático, que es el derecho de las

---

<sup>1</sup> Artículo 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre.

naciones y de los pueblos a la autodeterminación y a sus recursos naturales o en suma a su emancipación (Molina, 2011).

La cuestión de los derechos colectivos es una de las más complejas que plantea hoy la teoría de los derechos humanos. Pese a haber culminado la Guerra Fría, aún subsiste el debate entre dos concepciones divergentes del Derecho. Por un lado, la visión liberal de Occidente de que los derechos humanos constituyen un atributo individual de toda persona humana, y por otra, la visión de los derechos colectivos culturales de determinados grupos humanos, afirmándose que sin este reconocimiento resultaría imposible el goce pleno de los derechos individuales. Al final, todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los derechos colectivos (Molina, 2011).

Por lo tanto, no se puede tratar al individuo como sujeto de derechos humanos generales, desvinculado de su grupo primario. Este colectivismo, opuesto al individualismo, también tiene problemas en el momento del cumplimiento de los derechos humanos, ya que, como toda construcción humana, estas sociedades podrían ser patriarcales, jerárquicas y autoritarias, en las que los derechos fundamentales de niños, mujeres y jóvenes podrían estar en riesgo. Por consiguiente, la complementariedad

con los derechos individuales es clave para una solución integral de los derechos (Molina, 2011).

### **2.3.7. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO A LA DIGNIDAD**

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, consiste en la capacidad de determinación del individuo de elegir en forma autónoma y libre su proyecto de vida; siendo el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a decidir individualmente como quiere ser, sin controles injustificados ni coacción, con la finalidad de dar cumplimiento a las metas u objetivos que se ha trazado, conforme a sus ideas, expectativas, valores o gustos, en tanto que estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por lo tanto, solamente a ella corresponde decidir autónomamente. (Cornieles y Morais, 2004)

La dignidad de la persona humana ha sido objeto de innumerables debates filosóficos a lo largo del tiempo, con gran trascendencia en el ámbito internacional (Michellini, 2010). Su conceptualización sigue siendo, a la data actual, un tema bastante controvertido; al respecto, desde una óptica ético-filosófica, Kant (1989) refería que el concepto de dignidad humana remite al valor único, insustituible e intransferible de toda persona humana, con independencia de su situación económica y social, de la edad, del sexo, de la religión, etcétera, y al respeto absoluto que ella merece; sin embargo, este concepto no deja de ser problemático pues, por un lado, es preciso

resolver el problema de la fundamentación de su validez, y, por otro lado, las cuestiones vinculadas con las condiciones de aplicación situacional e histórica. Para Kant (1989), entonces, la dignidad humana se fundamenta en la prerrogativa de otorgar igual trato a los demás siempre al mismo tiempo como fin y jamás como medio; idea que sigue teniendo relevancia filosófica y práctica hasta la data actual. Así también, la idea del respeto absoluto que se les debe a las personas radica en la moralidad, es decir, proviene de la pertenencia de las mismas a la comunidad de seres morales.

El pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre tiene fines propios de cumplir por sí mismo. De allí la importancia de que la dignidad sea un valor y un principio inherente al ser humano, que pueda caracterizarlo, relevarlo, y fundamentarlo (Recasens, 1946). Efectivamente, la idea de la dignidad, sin que solo se presente en ella, es característica del cristianismo, ya en la antigua China y en Roma se forjaba la idea de la dignidad de la persona como una idea universal; es decir, de la igualdad esencial de todos los hombres. Esa cualidad se ha mantenido a lo largo del tiempo ya que la dignidad es la fusión de la identidad, de la libertad y de los derechos de la personalidad por ello se estaría ubicando como un valor subjetivo, un principio rector de la valoración y realización de la persona humana. La escuela estoica quien desarrolló el pensamiento aristotélico, llegando a concluir que el hombre, por su propia naturaleza, es miembro

integrante de la comunidad universal del género humano, gobernado por la razón y, además miembro de una comunidad política que es donde nace (Espezúa, 2008).

La dignidad le pertenece a la persona en todo su ser, con tal grado de intimidad que no es propiamente un elemento consecutivo de sus componentes esenciales, sino constitutivo de los mismos. En el ámbito de la persona en cuanto ser, ya hemos visto que la dignidad pertenece a ella de manera absoluta e inalienable, al grado de que nada puede perderla o destruirla. La dignidad es un valor intrínseco independiente de la edad, del estado consciente o inconsciente, de la pertenencia étnica, de la probidad moral. La dignidad de la persona como tal no posee grados; sería absurdo hablar de más o menos una dignidad, ya que supondría que la constitución de lo humano en el orden del ser está determinada por el poder, y no es así la dignidad de la persona, porque posee un valor absoluto en sí misma, es inviolable. Es esta dignidad la que debe considerarse como fundamento de todas las obligaciones morales y jurídicas de la persona. Por su propia esencia, la dignidad no puede ser objeto de cálculos en relación costo-beneficio para examinar si ocasionalmente podría ser violada. La violación de la dignidad siempre es una injusticia y no es argumentable de manera racional muchas veces. La dignidad de la persona es el fundamento, criterio y límite de otras posibles fuentes de dignidad y de derechos. Además, la dignidad humana es un concepto muy amplio que puede aplicarse como adjetivo a plurales

facetas de la existencia humana. La nueva elaboración de una serie de principios, sale del rigorismo formalista, abandonando el formalismo e introduciendo ideas con valores concretos. Estos principios son, principalmente, cuatro y se agrupan en dos clases: Principios del respeto recíproco: El querer de una persona, sus medios y fines que no deben quedar al arbitrio subjetivo de otro sujeto. Toda exigencia jurídica de tratar al obligado como un prójimo, esto es, como a una persona con dignidad. Principios de la participación: Nadie debe ser excluido, bajo ninguna circunstancia, de una comunidad o de una relación jurídica por una decisión arbitraria. Todo poder jurídico de disposición concedido a una persona deberá hacerlo solo siempre que el excluido subsista como un ser con fin propio, o sea, como una persona con dignidad. En torno al reconocimiento irrestricto de la dignidad de la persona, se transformaron las finalidades y funciones del Estado, la idea es que se constituya un Estado Constitucional decididamente antropocéntrico donde la dignidad humana sea la premisa antropológica, y el Estado encuentre en la dignidad humana su fin último, de ahí que el Estado se concibe como un instrumento para alcanzar el pleno desarrollo del individuo en dignidad y no al revés. Por lo que si un derecho ha sido reconocido como fundamental queda integrado a la categoría de los derechos cuya inviolabilidad debe ser garantizada y respetada. La dignidad humana no admite graduaciones o relativismos de modo que sería inconcebible, que lo que hay se reconoce como atributo inherente a la persona

humana, y pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental. Lo que evidentemente dañaría la dimensión humana de la dignidad. Para Recasens Siches (1946) dos son los corolarios de la dignidad humana: El derecho a la vida y la libertad individual. La vida del hombre (biológicamente) no se diferenciaría a la vida de las plantas o a la de los animales, si no fuere por la concepción de la dignidad personal, es decir, de su concepción como un sujeto con una misión moral; la extensión y alcance del derecho a la vida implica varios aspectos: a) el derecho de todo ser humano a que los demás individuos no atenten de manera injustificada contra su salud, integridad corporal o su vida, b) el derecho del ser humano a que el Estado proteja su vida y su integridad corporal contra cualquier ataque de otra persona, c) el derecho de todo ser humano a que el Estado respete su vida y su integridad corporal, d) el derecho de todo ser humano a que la solidaridad social provea de los necesarios auxilios para su subsistencia, entre otros. La idea de la libertad de la persona está contenida tácitamente en la de la dignidad. Si el hombre es un ser con fines propios y éstos solamente pueden ser realizados o alcanzados por decisión personal, no debe estar coaccionado por otros sujetos ni por los poderes públicos. Según Ramón Abarca Fernández (2005) la libertad es reducida al marco de las relaciones de unos hombres con otros, a una facultad dentro del grupo o estado de asociación en el que todos ceden algo de su libre albedrío para que la sociedad sea posible; así se constituye la esencia, los fundamentos

y los alcances de la libertad. Desde Rousseau, la libertad es la obediencia a La Ley que uno se ha impuesto. Aun cuando ya no debe debatirse el reconocimiento de la noción de la dignidad de la persona como fundamento de los llamados derechos humanos, se acepta implícitamente que protege los derechos individuales y sociales del ser humano (parte dogmática de La Constitución) y en base a esa premisa se ha suscrito tratados internacionales relacionados con la materia (Espezúa, 2008).

La dignidad no se agota en la necesidad de preservar ámbitos de la personalidad del individuo, ya que constituye un complejo de valores que representa la esencia de la condición humana y, como tal, se trata de un valor meta individual. Ello significa que si bien es preciso garantizar que todos los seres humanos puedan libremente fijarse un proyecto de vida conforme a sus propios sentimientos y correlativamente (Espezúa, 2008).

El principio de dignidad implica también exigencias destinadas a garantizar al hombre como sujeto anónimo perteneciente a la familia humana. La dignidad es tomada muy en cuenta en la constitución porque constituye un criterio de validez, de reconocimiento, de legitimidad, y de esencialidad. La dignidad humana es el eje central de La Constitución Peruana, tiene carácter vinculante y obliga a las instituciones a brindar prestaciones de servicio adecuadas al principio. Los conflictos más graves los de carácter penal que afecta la esencia de la persona humana, como la libertad y el patrimonio deben ser interpretados

desde esta perspectiva. Hay que tener en cuenta siempre la conexión entre dignidad y constitución y debe valorarse la fuerza transformadora de la dignidad humana en el desarrollo político, económico, social y cultural de la sociedad (Guerra, 2008).

El deber del Estado de proteger la vida, debe ser compatible con la garantía y prevalencia del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, por ello se considera que ante los casos de pacientes enfermos terminales que padecen intensos sufrimientos este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir de manera digna. Este es un aspecto por el cual, es necesario que, entre valor, principio y derecho fundamental, refiriéndose a la dignidad se tenga que buscar una mayor eficacia jurídica, una significación más humana y a la vez integradora en función a las circunstancias sociales que se presenta. La dignidad es el núcleo de todo Estado Constitucional de Derecho protege al hombre en toda forma de discriminación (Espezúa, 2008).

Uno de los ataques más directos a la dignidad humana es el que concreta en la afectación de la integridad personal del ser humano. El respeto al ser humano transita entre aquellos tributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo por cuanto éste garantiza la inviolabilidad de la persona como expresión directa de dignidad (Espezúa, 2008).

La integridad moral es un bien indisponible, irrenunciable, vinculado a la dignidad humana. El ser persona determina un

manto inviolable a la dignidad de la persona, por lo que la dignidad no es renunciable. Por todo ello se sostiene que la dignidad humana en su realización práctica, conlleva un efecto vinculante en tanto categoría jurídico positiva-valorativa, que además de ser protegido como principio-derecho, debe ser regulado para los casos en que sea vulnerado. En lo referente a la Indignidad esta deviene en contraria a la dignidad, pero, con connotaciones polisémicas, por un lado, se entendería como lo despreciable, lo no decente, lo poco digno de una persona, con lo que se denotaría el adverso de lo digno, en ese sentido lo indigno causa repulsión, rechazo, y se refiere tanto a un comportamiento, a una forma de pensamiento, aquello que pueda traer abajo una tabla de valores, un equilibrio de ponderación y de estimación humana (Guerra, 2008).

La dignidad parece ser un valor supremo, irreductible y absoluto, propio de la condición personal. En efecto, "*dignitas est de absolute dictis*", la dignidad corresponde a lo que se afirma de manera absoluta y no relativa un gradual, es decir, a aquello que es principio o punto de partida por surgir desde sí mismo, por apoyarse en sí.

Una de las definiciones más empleadas en el medioevo, pero más desatendidas en la actualidad para definir a la persona es: "*hypostasis proprietate distincta ad dignitatem pertinente*", la hipóstasis que se distingue por una propiedad perteneciente a la dignidad. Se debería hacer referencia a la dignidad cuando se

aborda la cuestión fundamental de la bioética: ¿por qué no es moralmente correcto hacer todo lo que la ciencia y la tecnología nos permiten? ¿Por qué no avanzar y experimentar siempre utilizando como único criterio la capacidad tecnológica del ser humano? Sin embargo, la referencia a la dignidad no siempre es acompañada de una explicación sobre su naturaleza. La dignidad es un valor específico del ser personal (Guerra, 2008).

Con la palabra «valor» se indica una realidad positiva e intrínsecamente importante capaz de proveer el fundamento para una motivación significativa. Los valores y otros elementos capaces de motivar la voluntad no son postulados de nuestra razón, no son tampoco seres puramente ideales, sino que son datos cualitativos encontrables en la experiencia. La experiencia cuando es acogida sin limitaciones acontece en múltiples ocasiones como una experiencia cualificada por varios factores de motivación, entre los cuales se destaca el valor. En particular la experiencia de la persona en acción sin cesar evidencia situaciones y fenómenos que no pueden ser entendidos adecuadamente si no se presta atención a la especificidad, a la propia esencia del valor (Guerra, 2008).

Existen ciertos fenómenos que no poseen capacidad de motivación de nuestra voluntad o de generar alguna respuesta afectiva aun cuando sean objeto de nuestro conocimiento. Por ejemplo, las leyes fundamentales de las matemáticas o de la geometría no son la *causa propria* de un estado afectivo como la tristeza, la alegría o

la indignación. Tampoco son la *causa propria* de una decisión como votar por un partido político o por otro aun cuando de manera indirecta pueda haber consideraciones cuantitativas al momento de tomar una decisión de este tipo.

Si la motivación por el contrario es negativa afirmamos que la cosa es mala. No basta afirmar que no es posible querer aquello que no se conoce. Es necesario añadir que nada puede quererse si no se ofrece con algún tipo de importancia. Lo importante se distingue de aquello que se ofrece como indiferente ante nosotros y esta distinción es esencial (Guerra, 2008).

La diferencia entre el valor y lo subjetivamente satisfactorio no es sólo una diferencia de grado, sino que es una diferencia esencial. Dicho de otro modo, es la importancia que poseen ciertas cosas o acciones en la medida en que objetivamente perfeccionan a un sujeto humano. Esta importancia emerge particularmente cuando un valor que es importante en sí resulta perfectivo del sujeto (Guerra, 2008).

Si concluimos que la palabra dignidad es la traducción latina del griego axioma; y, los axiomas son las realidades dignas de ser creídas, estimadas o valoradas, así, en su sentido más originario axioma significa el principio que, por su valor en sí, es decir, por ocupar un cierto lugar en un sistema de proposiciones no puede no ser considerado sino como verdadero. Los axiomas son los principios evidentes e irreductibles que constituyen el fundamento de toda ciencia.

Toda proposición se apoya en ellos, pero ellos no se apoyan más que en sí mismos. El axioma obliga al asentimiento, su contenido se impone inmediatamente al espíritu debido a su verdad manifiesta. Los axiomas son indemostrables y por ello constituyen el fundamento de toda demostración. El axioma, entonces, no es un principio «postulado» como indemostrable sino un dato que en sí mismo es evidente y que es fruto de una intuición sobre los contenidos ofrecidos en la experiencia. Gracias a la existencia indubitable de axiomas es posible demostrar con fundamento y no caer en una sucesión de demostraciones sin fin que conducirían paradójicamente a demostrar absolutamente nada (Guerra, 2008). Los axiomas o principios no son una serie de nociones abstractas, sino que constituyen aquello que es primero en el ser, en el hacer o en el conocer. En las ciencias especulativas existen varios principios en un género, por ejemplo, en las matemáticas se comienza por nociones inmediatas como las de número, dimensión, igualdad, mayor, menor, adición, etc. En la física los principios son los propios del conocimiento del ente sensible en cuanto sensible: cuerpo, materia, luz, calor, movimiento, etc. En las ciencias operativas los principios son los valores propios de cada ámbito práctico. Así el jurista tiene como uno de sus principios fundamentales la justicia: en toda proposición legal, penal o de jurisprudencia la justicia interviene al menos implícitamente de manera concreta y universal a la vez (Sanguineti, 1977). Que la persona es principio significa que gracias a su propia consistencia

ontológica y axiológica se ofrece como un ente con una patencia *sui generis* en la experiencia.

“El *esse* y la *essentia*, es decir, el *esse* y la *potentia essendi* se corresponden. Sin embargo, a su turno, existe cierta desproporción que diferencia la perfección respectiva del acto y la potencia precisando una prioridad del *esse* sobre la *essentia*”  
(Ferraro, 2017).

De esta manera la persona como ente *implica* una proporción y perfección en sí misma que se *explica* al manifestarse, al mostrarse de manera eminente gracias a su consistencia excelente en el orden ontológico y axiológico. La manifestación, expresividad, y esplendor del ser y del valor de la persona poseen diversas dimensiones: el cuerpo, el lenguaje, los estados afectivos, etc. Sin embargo, tal y como ya hemos mencionado anteriormente existe un momento en el que más claramente toda la persona se explica como persona. Este momento se constituye como un factor fundamental de revelación, de mostración (Guerra, 2008).

Existe un estrecho vínculo entre dignidad y libertad. La libertad es una dimensión constitutiva y principal de la *claritas* con la que la persona se devela. La libertad es un índice luminoso de la dignidad, del valor incomparable que posee cada ser humano en concreto. La libertad como dimensión manifestativa de la dignidad es una ventana de ingreso privilegiada para descubrir al hombre como

persona a través de la experiencia. La belleza de la persona tiene un momento de esplendor particular en la libertad (Guerra, 2008).

### **2.3.8. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

El profesor Aníbal Quiroga (1985), señala que la interpretación constitucional en su sentido estricto se convierte en necesaria y llega a constituirse en problema cuando hay que responder a una cuestión jurídico constitucional que no puede decirse de una manera unívoca atendiendo sólo a la Constitución.

Para Quiroga (1985), en el Derecho Constitucional la interpretación es de importancia decisiva porque en vista de la apertura y amplitud de la Constitución, aparecen problemas interpretativos con mayor frecuencia que en otros campos jurídicos, cuyas normatividades suelen introducirse más en el detalle. Esta importancia aumenta en los casos de ordenamientos con jurisdicción constitucional desarrollada. Si el Tribunal de Garantías Constitucionales interpreta la Constitución de modo definitivo para todos (vinculando erga omnes con su decisión), entonces el espíritu de esta definitividad de todos los poderes públicos para con la Constitución se funda y legitima en dicho sometimiento a sus decisiones, y sólo puede hacerse realidad en la medida en que las decisiones del Tribunal expresen el verdadero contenido de la Constitución, por más que lo hagan en virtud de su particular óptica interpretativa.

En la judicatura y en amplia parte de la doctrina, un positivismo practicado de modo acrítico e inconsecuente junto, asimismo, con

los esfuerzos realizados para combatir mediante un recurso a los valores, igualmente acrítico, han llevado a una creciente inseguridad. La crítica que reacciona contra todo esto, es, pues, acertada. Sin embargo, en la medida en que se pretende responsabilizar de esta situación de inseguridad a la expansión del llamado método de las ciencias del espíritu, que en modo alguno puede identificarse con aquel pensamiento acrítico jerárquico valorativo y busca salida en un retorno a las reglas interpretativas tradicionales, no se percata de la complejidad del problema de la interpretación constitucional actual.

#### **A. La interpretación constitucional como determinación**

La interpretación constitucional es determinación, concretización. Precisamente, refiere Aníbal Quiroga (1985), aquello que no es unívoco como contenido de la Constitución debe ser determinado con inclusión de la realidad que ha de ser ordenada. Por ello, la interpretación jurídica conlleva un carácter creador (el contenido de la norma interpretada se completa en la interpretación); sin duda, el carácter creador lo ostenta solamente en esa medida, pues el quehacer interpretativo permanece ligado a la norma.

#### **B. Condiciones de la interpretación de la Constitución**

La determinación normativa supone una comprensión del contenido de la norma a determinar. Esta comprensión no se puede separar de la idea previa que el intérprete lleve a su labor ni del problema concreto que hay que resolver en tal tarea.

El intérprete no puede concebir el contenido de la norma desde un punto arquimédico fuera de la existencia histórica subyacente, sino sólo desde la concreta situación histórica en que él se encuentra, en cuyo desarrollo se han ido acuñando sus contenidos de pensamiento y se han concretado su saber y sus prejuicios. El intérprete asume el contenido de la norma desde su idea previa, que le posibilita contemplar la norma con expectativas concretas, extraer un sentido de la totalidad y llegar a un esbozo previo necesitado, en un adentramiento de confirmación, corrección y revisión, hasta que se fije de manera inequívoca la unidad del sentido como resultado de una aproximación permanente a la realidad y al caso concreto (Quiroga, 1985).

A causa de esta prejuiciosidad de toda comprensión, de lo que se trata es no de ejecutar simplemente las anticipaciones de la idea previa, sino de tomar conciencia de ella y fundamentarla para satisfacer así la exigencia fundamental de toda interpretación: precaverse contra la arbitrariedad de las ocurrencias y contra el carácter limitado de hábitos de pensamiento imperceptibles y dirigir así la mirada a los hechos mismos.

Solo conceptualmente, pero no en la realidad se puede distinguir una nueva condición de la interpretación de la Constitución diferenciable de la mencionada: el comprender, y con él la determinación, sólo es posible a las vistas de un

problema concreto. El intérprete debe referir a este problema la norma que pretende comprender. Esta precisión y la aplicación de la norma en el caso concreto suponen un proceso unitario, no la aplicación *a posteriori* de algo previamente dado y de carácter general, que en principio se entiende por sí mismo, a un supuesto fáctico abstracto. No hay ninguna interpretación constitucional independiente de problemas concretos. También la captación del problema concreto implica en sí una comprensión que depende igualmente de la idea previa del intérprete y que requiere por su parte una fundamentación teórica constitucional. La Teoría de la Constitución, para Aníbal Quiroga (1985), se convierte, por todo ello, en condición tanto para la comprensión de las normas como de los problemas.

El procedimiento de determinación de las normas constitucionales alude al vínculo de la interpretación con la norma a determinar, y a su vez con la idea previa del intérprete y con el conflicto que en el caso concreto ha de resolverse, significa, desde una perspectiva negativa, que no puede haber ningún método de interpretación autónomo desligado de estos factores; desde una perspectiva positiva, el proceso de determinación viene dado por el objeto de interpretación; es decir, la Constitución y el correspondiente conflicto en cuestión. Al contener estos criterios objetivamente adecuadas premisas, posibilitarán la extracción de conclusiones que conduzcan a la solución del conflicto, o que al menos, colaboren con ello.

Puesto que el programa normativo se contiene esencialmente en el texto de la norma que hay que determinar, por la vía de la interpretación literal lo que se ha de captar es un significado determinante para la solución del conflicto. En este contexto, cobran vigencia los tradicionales métodos interpretativos: la literalidad, la historicidad, la autenticidad y la sistematicidad hacen posible la destilación de los elementos determinadores, pudiendo particularmente los criterios históricos, auténticos y sistemáticos ayudar a precisar las posibles variaciones de sentido dentro del margen que da el tenor literal. El criterio teleológico acierta en verdad a señalar una dirección cuestionadora esencial, pero por sí solo no posibilita ninguna respuesta suficiente ya que el sentido y el fin del precepto sólo pueden fijarse inobjetablemente en la medida en que pueden justificarse con ayuda de otros elementos (Quiroga, 1985).

Habitualmente la sola interpretación del texto no posibilita una determinación suficientemente exacta. Aquí es insoslayable la valoración de criterios acerca del ámbito normativo referido al problema en cuestión: puesto que en las normas constitucionales de lo que se trata es de la realidad de hechos concretos, hay que concebir a estos últimos, de acuerdo con el planteamiento fijada por el programa normativo, en su forma y peculiaridad objetiva. Este procedimiento no sólo proporciona elementos adicionales de ulterior determinación y de fundamentación racional y controlable, sino que garantiza,

dentro de los límites de la interpretación constitucional, una solución adecuada de los problemas en grado muy importante; significa pues, lo contrario a un normativismo unilateral, frecuentemente convertido en objeto de reproche hacia los juristas.

Una significación directriz y delimitativa, ordenación y valoración de los criterios de solución de problemas a elaborar conforme a lo apuntado corresponde a los principios de la interpretación constitucional. Entre estos, para el profesor Aníbal Quiroga (1985), figura en primer término el principio de la unidad de la Constitución, el cual se estatuye en mérito al contexto y la interdependencia de los elementos particulares de la Constitución, los mismos que se fundamentan en la necesidad de no analizar solo en la norma particular, sino siempre en el contexto global en el que hay que situarla; toda norma constitucional debe interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales. Con este principio sólo es compatible una solución que mantenga en armonía las decisiones fundamentales de la Constitución y libre de toda limitación unilateral.

Así también, tenemos al principio de concordancia práctica, el cual establece que los bienes jurídicamente tutelados por la Constitución deben coordinarse de tal manera entre sí que cada uno de ellos alcance efectividad. En caso de colisión no debe realizarse uno a costa de otro como producto de una

ponderación de bienes precipitada o, incluso, de una ponderación de valores de signo abstracto.

Por el contrario, el principio de la unidad de la Constitución plantea una tarea de optimización; es decir, ambos bienes deben ser limitados para que así puedan llegar ambos a una virtualidad óptima. La fijación de límites debe ser siempre proporcionada al caso concreto, sin ir más allá de lo necesario para generar la concordancia de uno y otro bien jurídico (Quiroga, 1985).

Esta proporcionalidad se hace clara, por ejemplo, en la interacción de libertad de expresión y la ley que regula la misma. La concordancia práctica se establece mediante la correspondencia proporcional de la libertad de expresión, por una parte, y de los bienes jurídicos tutelados por las leyes generales, de la otra. Más allá de lo que sea proporcional en el caso particular, el principio no dice nada; sin embargo, en cuanto directiva contenida en la Constitución y, por ende, obligatoria, señala la dirección y determina el procedimiento conforme a los que se ha de buscar una solución conforme a la Constitución. La ponderación de bienes está falta de una directiva semejante para sus valoraciones; no le falta sólo un punto de apoyo, sino que también incurre en el peligro de abandonar la unidad de la Constitución.

Otro principio de interpretación constitucional lo constituye el de la corrección funcional. Si la Constitución ordena de un

determinado modo la correspondiente tarea y la acción conjunta de los titulares de funciones públicas, el órgano a quien incumbe el cometido interpelatorio debe mantenerse dentro de las funciones encomendadas. Por otra parte, a través de la forma y del resultado de su interpretación, tampoco debe inducir desplazamientos en el sistema de distribución de las funciones. Esto es especialmente válido en lo que atañe a la relación entre el legislador y el Tribunal de Garantías Constitucionales, puesto que al Tribunal de Garantías Constitucionales, frente a lo que ocurre con el legislador, sólo le corresponde una función de control, le está vedada una interpretación que llevaría a una restricción de la libertad creadora del legislador que excedería de los límites marcados en la Constitución o a una creación a través del propio Tribunal en su tarea interpretativa (Quiroga, 1985).

El criterio de la eficacia integradora, en lo que concierne a la Constitución, es de la realización y el mantenimiento de la unidad política, ello significa entonces la necesidad de, a la hora de resolver los problemas jurídico-constitucionales, otorgar preferencia a aquellos criterios que operan positivamente en el sentido de establecer y preservar dicha unidad. Sin duda este éxito no puede ser decisivo si sólo se pudiera alcanzar por conductos no estrictamente constitucionales; pues con ello se enervaría la eficacia interpretativa y la labor del intérprete al traspasarse los límites de la interpretación constitucional.

Otro criterio de interpretación constitucional, lo constituye, finalmente, la fuerza normativa de la Constitución. Puesto que la Constitución debe ser actualizada, donde las posibilidades históricas de esa actualización son dinámicamente cambiantes, ha de darse preferencia a la hora de resolver los problemas jurídico-constitucionales a aquellos criterios que, dadas unas circunstancias concretas, procuran a las normas de la Constitución una eficacia óptima en su mejor medida (Quiroga, 1985).

Así las cosas, en palabras de Aníbal Quiroga (1985), en verdad, tampoco en el Derecho Constitucional la decisión jurídica se deja racionalizar hasta sus últimas consecuencias, pero eso puede significar tan sólo que de lo que se trata es de lograr una racionalidad factible, posible, no un resultado que sea superfluo a la metodología aplicada. La corrección de los resultados obtenidos en los métodos de determinación de las normas de la Constitución antes expuestos no es, pues, una demostración exacta al estilo de las ciencias naturales; en el ámbito de la hermenéutica jurídica esta demostración nunca pasará de ser más que una ficción y una mentira vital del jurista, tras la que se ocultarían inexpresados y sin control, los verdaderos motivos de la decisión o tal vez, incluso, una decisión táctica. Frente a la expectativa de una absoluta corrección que no se puede demostrar y que a menudo ni siquiera la *ratio decidendi* patentiza, cobra valor una relativa corrección que ceda a lo

limitado de su expectativa pero que, en esta limitación, pueda tornarse translúcida, convincente y, al menos hasta cierto punto, previsible. Y lo que se procura no es, ciertamente, tan solo una pieza de discurso político, sino también, antes que un *quantum* de honestidad jurídica, aun cuando sea de modo limitado, certidumbre del derecho o seguridad jurídica.

En cuanto a los límites de la interpretación constitucional, ésta siempre se halla vinculada a la ley legislada. Por ello los límites de la interpretación constitucional se encuentran allí donde no existe ningún mandato obligatorio de la Constitución, donde terminan las posibilidades de una comprensión plena de sentido del texto de la norma o donde una solución entraría en clara contradicción con dicho texto. Pero también aparecen mandatos imperativos que pueden contenerse en el Derecho Constitucional no escrito. Puesto que de todos modos el derecho no escrito no puede entrar en contradicción con la *constitutio scripta*, hay aquí el primer e infranqueable límite de la interpretación constitucional. Este límite es presupuesto de la función reacionalizadora, estabilizadora y delimitadora de la Constitución, comprendiendo la posibilidad de una evolución constitucional operada por vía de interpretación. Pero se excluye una ruptura constitucional, el apartamiento frente al texto en el caso concreto, y una reforma de la Constitución por vía interpretativa. Allí donde el intérprete salta por sobre la Constitución, ya no interpreta, sino que cambia y transgrede la

Constitución, situaciones que le están vedadas por el derecho vigente (Quiroga, 1985).

Aún en el caso de que un problema no se pueda resolver adecuadamente por vía de la determinación, el juzgador, obligado como está a la Constitución, no dispone de una libre elección de los tópicos. Para la interpretación constitucional se parte de la primacía del texto, éste representa el límite irrebasable de su actividad. El abanico de las posibilidades de comprensión del texto jalona el campo de sus posibilidades válidas. En el marco de la interpretación constitucional el método tópico, pues, sólo puede jugar un papel limitado; y por ello tanto más cuanto que el derecho constitucional, entendido como el fundamento del orden de su conjunto y que apunta al establecimiento de un orden conjuntado, no puede ser comprendido puntualmente, a partir del problema aislado, tal y como sucede en el derecho privado al cual la moderna doctrina jurídica de la interpretación debe el retorno a la tópica (Quiroga, 1985).

### **C. Interpretación con arreglo a la Constitución**

En el reciente desarrollo y evolución del Derecho Constitucional ha ido surgiendo de modo creciente un principio interpretativo, que, si bien no presupone ciertamente la existencia de una jurisdicción constitucional, debe su formación y su configuración práctica en todo caso a la instalación de la justicia constitucional.

Es fundamento de este principio, el que una ley no ha de ser anulada si se la puede interpretar en consonancia con la Constitución. Esta consonancia no existe únicamente en el caso de que la ley admita, sin necesidad de recurrir a puntos de vista jurídico-constitucionales, una interpretación compatible con la Constitución; cabe también señalar que esta consonancia en el caso de que un contenido ambiguo o indeterminado de la ley pueda ser determinado por el contenido de la Constitución. En el marco de la interpretación con arreglo a la Constitución, las normas constitucionales no son, pues, únicamente normas de aprobación, sino también normas materiales para la determinación del contenido de las leyes ordinarias. Por el contrario, la interpretación con arreglo a la Constitución no es posible contra el texto y sentido o contra el fin propuesto por el legislador. En ningún caso puede anularse una ley cuando no es evidente su anticonstitucionalidad y sólo existen dudas a este respecto, por graves que puedan ser (Quiroga, 1985).

La idea de hacer valer el principio de interpretación con arreglo a la Constitución está únicamente condicionada a la hora de interpretar leyes ordinarias a la observancia del orden y valores de la Constitución. El principio encuentra su raíz sobre todo en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico: por medio de esta unidad, las leyes que se han promulgado bajo la vigencia de la Constitución han de aplicarse en consonancia con ésta,

del mismo modo que el derecho precedente -y que continúa vigente- ha de ser adecuado a la nueva situación constitucional. En la medida en que el juzgador decida en torno a estos extremos, ha de revisar la determinación de la Constitución llevada a cabo por el legislador sobre la base de su propia interpretación y de la de la ley.

En cuanto a los límites jurídico-funcionales (Quiroga, 1985), se requiere una coordinación de las funciones de los órganos que toman parte en el proceso de determinación, cometido este que guarda consonancia con el otro cometido de índole jurídico-material. Esto es válido, por una parte, para la relación de la jurisdicción constitucional con la legislación y, por otra, para con las restantes jurisdicciones.

En la relación de la jurisdicción constitucional con la legislación se plantea la cuestión de quién es el llamado, en primer lugar, para la determinación de la Constitución. Si la interpretación con arreglo a la Constitución trata de mantener en la medida de lo posible la validez de la ley, el principio general se muestra desde el punto de vista jurídico-funcional como un principio de reserva judicial frente al legislador y como un principio de prioridad del legislador a la hora de determinar la Constitución. El legislador democrático disfruta de la presunción de constitucionalidad. Al Tribunal de Garantías Constitucionales le está prohibido disputar esta prioridad al legislador provocando con ello un desplazamiento de las funciones que les han sido

asignadas constitucionalmente. En todo caso la prioridad del legislador democrático se adquiere al precio de una reinterpretación del contenido de la ley por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales (Quiroga, 1985); y esta prioridad puede llegar a no tener ningún valor si el precio es demasiado alto, si el contenido que le da a la ley en una interpretación con arreglo a la Constitución ya no contiene un *minus* sino un *aliud* frente al contenido originario de ley. En este caso, el Tribunal interviene en las competencias del legislador con más fuerza incluso que en una anulación, desde el momento en que él mismo conforma positivamente su contenido mientras que en la anulación, la nueva configuración de la ley queda a cargo del legislador.

Cuanto más corrija el Tribunal al legislador, tanto más se aproximará a los límites jurídico-funcionales de la interpretación con arreglo a la Constitución. Límites que como es evidente, difícilmente pueden trazarse con precisión.

En la relación de la jurisdicción constitucional con las restantes jurisdicciones se plantea la cuestión de quién es el designado en primer lugar a la determinación de las leyes. En todo caso resta la cuestión de hasta dónde puede llegar esa primacía en la hermenéutica del Tribunal de Garantías Constitucionales sin hacer del mismo, constituido como la más alta instancia del control de la constitucionalidad en la privativa justicia

constitucional, una Corte Suprema también en el orden civil, penal o administrativo (Quiroga, 1985).

Finalmente, afirma Quiroga (1985), la interpretación con arreglo a la Constitución no plantea sólo la cuestión respecto del contenido de la ley a analizar, sino también la cuestión respecto del contenido de la Constitución por la cual se va a medir la ley. Exige, pues, tanto una interpretación de la ley como una interpretación de la Constitución. Como quiera que tanto el contexto jurídico-material como el jurídico-funcional apuntan en el sentido de una conservación de la ley, la interpretación con arreglo a la Constitución interpretará la norma constitucional en cuestión, en la medida de lo posible, en el sentido en que el legislador la ha determinado. La interpretación de la ley con arreglo a la Constitución supone, por tanto, en su repercusión de modo reflejo sobre la interpretación constitucional, una interpretación de la Constitución con arreglo a la ley. De esta manera se manifiesta como un principio adicional-mediato, se podría decir, de la interpretación de la Constitución por los tribunales. A un mismo tiempo, esta eficacia confirma la estrecha interacción de la Constitución y ley y, con ello, aquella idea de unidad del ordenamiento jurídico.

### **2.3.9. PATERNALISMO JURÍDICO**

El paternalismo jurídico, aun sabiendo que supone un concepto bastante controvertido, con innumerables disputas doctrinales en cuanto a concepto se refiere; consiste en la intervención coactiva

del Estado en el comportamiento de una a persona a fin de evitar que se dañe a sí misma; por tanto, existe, en determinadas circunstancias, una buena razón a favor de una prohibición impuesta en contra de la voluntad del destinatario cuando es necesario evitar que el sujeto se infrinja algún daño (Garzón, 1988). El paternalismo, en sentido amplio, consiste la interferencia, en la acción de una persona, justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses, o a los valores de la persona coaccionada. De acuerdo a ello, el paternalismo jurídico supone, en primer término, la intervención del Estado sobre el comportamiento de las personas a través de la imposición de leyes o políticas públicas, teniendo como primer marco de referencia el Principio de Legalidad imperante en un Estado de Derecho (Dworkin, 1985).

En segundo término, el comportamiento que se busca prohibir no supone un daño directo a una tercera persona, pues el daño físico o psíquico o la pérdida del beneficio solo va a sufrirlo la persona que ejerce el accionar; sin embargo, pese a la falta de afectación a terceras personas, la finalidad del Estado es proteger a todos sus ciudadanos, interviniendo mediante la búsqueda de mecanismos legales que frenen o modifiquen su comportamiento.

En tercer orden, en el paternalismo se busca evitar un daño y procurar un beneficio (propósito benevolente y benéfico), lo cual se traduce en evitar daños y procurar beneficios.

Así pues, dentro del contexto de Estado democrático y constitucional, sería racional permitir ciertas medidas paternalistas que suponen intromisiones leves en la libertad de los individuos, como es el caso de la irrenunciabilidad de derechos, ejercicio obligatorio del derecho a la educación, derecho de defensa, obligación de llevar el cinturón de seguridad o casco de protección, detracciones obligatorias para asegurar una pensión de jubilación, prohibición de venta de medicamentos sin receta médica, entre otros (Alemany, 2005).

Por tanto, surge la lucha de si existe una justificación ética y filosófica del paternalismo jurídico respecto de la autonomía de la persona y del principio de igualdad; pues, solo cuando la medida cuestionada, aplicada socialmente, promueva o defienda la autonomía o aspire a la superación de un déficit de igualdad podrá hacerse referencia a paternalismo ética, filosófica y constitucionalmente justificado.

Garzón Valdés, citado por Macario Alemany (2007), alude a la importancia de indagar sobre la plausibilidad moral de un principio jurídico-paternalista que consiste en buscar una buena razón justificatoria a favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esa medida. El contenido de este principio sería el concepto de paternalismo jurídico en el que podemos distinguir dos

elementos: 1) La forma de la acción paternalista: el establecimiento de una prohibición u obligación jurídica. 2) La finalidad: evitar daños físicos, psíquicos y/o económicos al destinatario mismo de la prohibición u obligación. Así, por ejemplo, constituiría un caso de paternalismo jurídico la obligación de llevar cinturón de seguridad en los coches o el casco en las motos, la prohibición del consumo de drogas peligrosas, etc. Sobre esta conceptualización del paternalismo resulta conveniente hacer dos consideraciones: 1) El primer elemento de la definición hace que ésta sea inadecuadamente restringida: con frecuencia la persona tratada paternalistamente no es la destinataria de la norma de mandato que consideramos paternalista (prohibición que pesa sobre los farmacéuticos de expedir medicamentos sin receta, o la prohibición del tráfico de drogas orientada a evitar daños en el consumidor, etc.). Otras veces el paternalismo consiste en un permiso dirigido al agente paternalista, por ejemplo, un médico, para actuar de cierta manera al imponer un tratamiento, de manera que el sujeto tratado paternalistamente (el paciente) no puede ejercer con éxito una acción judicial contra el médico. Finalmente, en ocasiones el paternalismo jurídico ni siquiera se concreta en normas regulativas sino que se ejerce a través de normas de competencia que dejan a los sujetos tratados paternalistamente en una situación de incompetencia (frente a lo que se considera un nivel normal o pleno de competencia) o de sujeción frente a ciertas autoridades o particulares. Todo ello apunta a que el paternalismo jurídico sería

mejor definido como el ejercicio de un poder jurídico, el cual puede tener como resultado poner al sujeto tratado paternalistamente en una situación de deber, no derecho, sujeción y/o incompetencia. 2) La segunda consideración se refiere a la finalidad propia del paternalismo, aludiendo a la finalidad de evitar daños de tipo físico, psíquico y/o económico. Esto le permite distinguir al paternalismo de otras figuras afines y, muy particularmente, del moralismo jurídico, cuya finalidad sería evitar daños morales a los individuos, y del perfeccionismo que tiene un carácter maximizador y moralizante: perfeccionar el carácter de los sujetos.

Para Garzón Valdés, refiere Alemany (2007), el paternalismo jurídico estaría justificado si se cumplen las siguientes condiciones necesarias y conjuntamente suficientes: 1) se constata fehacientemente una incapacidad básica del sujeto tratado paternalistamente; y, 2) la medida se orienta a la superación del déficit creado por la incompetencia. Sin embargo, estas condiciones no resultan suficientes, pues, en primer lugar, no basta con que la medida se oriente sinceramente a superar el déficit generado por la incompetencia, sino que, además, debe ser necesaria y adecuada (es decir, proporcionada) y, junto a esto, debe ser racional presumir que el sujeto tratado paternalistamente aceptaría tanto la posibilidad general de ser tratado así, como la concreta interferencia paternalista. Finalmente, que sea racional aceptar una concreta medida paternalista depende de los fines y valores del propio individuo, de ahí que, en ocasiones,

presunciones generales sobre lo que constituye un daño para los sujetos deban ceder en un caso concreto ante la evidencia de la existencia de ciertos propósitos individuales: éste sería, por ejemplo, el caso de algunas huelgas de hambre políticas en las que se ha alimentado forzosamente a los huelguistas sobre el presupuesto general de que eso es por su propio bien, pero sin respetar sus particulares fines y valores.

## CAPÍTULO III

### CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo se desarrolla la contrastación de la hipótesis. La síntesis interrogativa formulada fue: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho?; siendo la hipótesis proyectada: Los fundamentos jurídicos que justifican la restricción de derechos fundamentales bajo la Teoría del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho son: **a)** El predominio de la materialización de los derechos del colectivo frente a los derechos individuales como manifestación del bien común; **b)** La intervención jurídica estatal en el ámbito de los derechos fundamentales individuales como medida de protección del propio sujeto; **c)** La prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al paternalismo jurídico; **d)** La funcionalidad del paternalismo jurídico en un Estado Constitucional de Derecho desde el enfoque restrictivo de los derechos fundamentales individuales. Asimismo, la contrastación de la hipótesis corresponde a una de carácter conceptual-argumentativa, para lo cual se ha construido una inferencia racional con dos premisas y una conclusión, fundamentos jurídicos que se analizan en el siguiente orden:

### **3.1. EL PREDOMINIO DE LA MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL COLECTIVO FRENTE A LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO MANIFESTACIÓN DEL BIEN COMÚN**

La naturaleza de los Derechos Fundamentales debe ser explicada a partir de la democracia formal y democracia sustancial. La primera está relacionada con la forma de adoptar las decisiones políticas y la segunda está ligada a la protección y respeto de los derechos fundamentales.

El sistema garantista permite dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales. Así, los derechos se configuran como vínculos sustanciales impuestos a la democracia política. Dicho ello, se verifican los vínculos negativos generados por el derecho a la libertad, que absolutamente ninguna mayoría o poder puede vulnerar; de otro lado, los vínculos positivos se generan a partir de los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer; formándose la esfera de lo decidible e indecidible, fungiendo como factores de legitimación social del Estado constitucional de Derecho, en relación al nivel de cumplimiento de tales (Aguilera Portales y López Sánchez, 2011).

Los modelos iusfilosóficos clásicos que abordan el concepto, fundamento y evolución de los derechos fundamentales han sido el iusnaturalismo y el iuspositivismo. El garantismo tiene una gran influencia del neopositivismo. Siendo ello así, los derechos fundamentales son definidos por Ferrajoli (1999) de la siguiente forma: derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de

prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de estas (Aguilera Portales y López Sánchez, 2011).

La diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, implica que los primeros son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.

En cuanto a la democracia sustancial existe un consenso generalizado sobre la definición formal de democracia como un conjunto de reglas que determinan quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos; de modo que, la democracia no es otra cosa que un conjunto de reglas procedimentales para la toma de decisiones colectivas.

Dicho ello, la democracia formal significará quién está legitimado para decidir, mientras que la democracia sustancial se relaciona con lo que es lícito o ilícito, legítimo o ilegítimo decidir. La dimensión sustancial limita el poder garantizando los derechos de libertad y protegiendo los derechos sociales.

El modelo garantista mantiene la incorporación de los vínculos sustanciales, no importando que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos.

En cuanto a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales, cabe referir que la modernidad política y jurídica occidental ha considerado siempre el concepto de ciudadanía como un concepto ligado al de derechos humanos. De tal forma, los derechos del hombre y el ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos y vinculados. La naturaleza supranacional de los derechos fundamentales tiene relación especial con la distinción que actualmente se ha ido desarrollando entre ciudadanía y persona (Aguilera Portales y López Sánchez, 2011).

Por lo que, la ciudadanía ya no se concibe como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión e igualdad. Los derechos se han convertido en derechos de ciudadanía exclusivos y privilegiados a partir del momento en que se trató de tomarlos en serio y de pagar su coste. Tomar en serio estos derechos significa hoy tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía como pertenencia (a una comunidad estatal determinada) y de su carácter estatal.

La relación entre derechos y sus garantías, hace referencia a que, en el interior de este complejo teórico, destinado a la estructura de la protección de los derechos, se encuentran las garantías primarias. Estas se relacionan con el contenido de los derechos, es decir, con las expectativas positivas o negativas que el Estado debe satisfacer, las cuales se identifican como derechos liberales y sociales, respectivamente. Las garantías secundarias consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación) correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad

generadas, como efectos específicos, respectivamente, por actos ilícitos y por los actos inválidos. Los derechos sociales pueden considerarse como derechos a prestaciones en sentido estricto, que consisten en derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente podría obtenerlo también de particulares; en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas, pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente. Luigi Ferrajoli (1999) observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías, imperfecciones, e incluso de conculcación.

En cuanto al papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil, Ferrajoli (1999) ha creado una clasificación de los factores negativos que intervienen en las decisiones del Estado. Estos fenómenos han sido denominados como micro y macro poderes, públicos o privados, creadores de desigualdades sustanciales dentro y fuera del Estado.

De esta manera, los derechos del colectivo justifican su predominio frente a los derechos individuales como materialización del bien común.

### **3.2. LA INTERVENCIÓN JURÍDICA ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DEL PROPIO SUJETO**

Los derechos fundamentales se asumen, actualmente, como un mecanismo de integración objetiva del Estado Constitucional, son derechos que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad (Tole Martínez, 2006).

Los derechos fundamentales representan un sistema de valores concreto (cultural) que sintetiza el significado de la vida colectiva contenido en la Constitución. Desde el punto de vista político, ello implica voluntad de integración material; y, desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico.

Las denominadas Constituciones vivas, no son una obra reglamentaria o normativa, sino que además reflejan la sociedad, su desarrollo y aspiraciones.

Por lo tanto, es innegable la existencia del Estado Constitucional sin derechos fundamentales: estos derechos se convierten en la razón de ser del Estado, cuya función básica es la protección y la efectiva realización de los mandatos fundamentales (Toledo Martínez, 2006).

Dicho ello, los derechos fundamentales se conciben como la expresión más clara e inmediata de la dignidad humana, tienen el carácter de conferir un *estatus*; es decir, determinan, aseguran y limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos. Es más, este *estatus* jurídico-constitucional del individuo, basado y garantizado por los derechos fundamentales, es esencialmente un *status* jurídico material, esto es, un *status* con contenido concreto del que no puede disponer ilimitadamente ni el individuo ni los poderes del Estado.

El constitucionalismo actual no se encuentra en la faceta tradicional subjetiva de los derechos fundamentales, sino que implica otra significación, objetiva (Toledo Martínez, 2006). La aproximación conceptual de la faceta objetiva tal como la entiende Robert Alexy (1993), es el

resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental que elimine completamente su contenido jurídico-subjetivo. En otras palabras, se debe excluir: A (titular del derecho), B (sujeto obligado Estado-particular) y C (la acción, situación o posición jurídica fundamental); del resultado de esta resta se obtiene el contenido objetivo iusfundamental. No obstante, esta definición es insuficiente, es por esto que intentaremos definir la dimensión objetiva como el "deber ser" que corresponde a los derechos fundamentales en conjunto y a cada uno de ellos en particular, es decir, son principios objetivos que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución (poderes públicos y particulares).

Esta nueva dimensión de los derechos fundamentales (Tole Martínez, 2006), contempla que estos son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático.

Asimismo, se admite que los derechos fundamentales cumplen funciones estructurales de importancia para los principios que conforman la Constitución y el Estado. En consecuencia, en el Estado constitucional, al mismo tiempo que los derechos fundamentales operan como derechos de defensa frente al Estado, con lo cual contribuyen a la salvaguarda de la libertad individual; en el Estado democrático, los derechos fundamentales, particularmente los de participación política, constituyen el fundamento funcional de la democracia por antonomasia, por consiguiente representan las garantías de organización y procedimiento que contribuyen para que el proceso de decisión sea libre y abierto. Y en el Estado social, los derechos fundamentales tienen implicaciones de

naturaleza económica y social, las cuales exigen que las libertades clásicas deban ser algo más que prerrogativas sin posibilidad de realización, es decir, su contenido debe ser algo más que simple prohibición de las intervenciones del Estado.

Por tanto, desde el contenido subjetivo, son derechos a prestaciones sociales que comprenden la puesta en marcha de la actividad general del Estado, y en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal (Tole Martínez, 2006).

El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio y decisiones axiológicas que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana.

Esta doble cualificación es el resultado de la denominada teoría objetiva, que sobresale por la ampliación del contenido de los derechos fundamentales, los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que se produce un cambio de dirección iusfundamental (Tole Martínez, 2006), se convierten en valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico. La transformación conceptual de las prerrogativas fundamentales se palpa con mayor

claridad en las decisiones de los tribunales constitucionales de diferentes latitudes, los cuales reafirman la existencia de la cualificación dual de las prerrogativas fundamentales, y especialmente destacan la existencia de la dimensión objetiva. Así, respecto al carácter objetivo de los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, de su peculiar significación y finalidades dentro del orden constitucional, desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. De ahí que se haya entendido que de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución (*lex superior*), no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir con la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano (Tole Martínez, 2006).

Como consecuencia de este doble carácter de los derechos fundamentales, pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; y en su vertiente jurídico-objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y afectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos.

Los derechos fundamentales (Tole Martínez, 2006) no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.

Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar, su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación (Tole Martínez, 2006).

Ciertamente todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado, extremo que se gobierna por las reglas del principio democrático.

La Constitución, como norma fundamental, tiene una jerarquía cualitativa, pues consagra un conjunto de valores y principios materiales que irradian el resto del ordenamiento jurídico. Existe por tanto un sistema de valores y principios que implica que una norma cualquiera no debe ser analizada de manera aislada sino como haciendo parte de un ordenamiento jerárquico y armonioso.

Pero, más importante que definir o conceptuar esta nueva fisonomía de los derechos fundamentales, el verdadero cambio de dirección de la teoría iusfundamental actual se ha dado por las consecuencias jurídicas que ha traído consigo la faceta objetiva en la dogmática de los derechos fundamentales, principalmente el efecto de irradiación y el deber de protección (Tole Martínez, 2006).

Así, el constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por la transformación conceptual de los derechos fundamentales, que redundan en la ampliación de su contenido, con una doble dimensión. En otras

palabras los derechos fundamentales hoy no se limitan a actuar como derechos subjetivos, no son solamente prerrogativas, privilegios o potestades que tiene el titular del derecho respecto al sujeto pasivo, bien sea el poder público o un particular, sino que, como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas, los derechos fundamentales rigen como principios supremos que tienen validez para todos los ámbitos del derecho, limitan la autonomía privada, constituyen mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado. Por lo demás, la teoría objetiva asume una posición crítica aceptada de forma generalizada frente a la teoría liberal, especialmente en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales a simples derechos de defensa.

En el Estado social de derecho, que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí (Tole Martínez, 2006).

Las garantías constitucionales positivas, consisten en la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados.

En ausencia de garantías, es decir, de obligaciones de deberes correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no habría una laguna, sino la inexistencia de los derechos establecidos. Habría la inexistencia no sólo de las garantías, sino también de los derechos en sí mismos.

En efecto, el derecho subjetivo sería sólo el reflejo de un deber jurídico, o sea, de aquella garantía primaria; o, tener un derecho, equivale a tener la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la correspondiente norma jurídica que provee la sanción; en otras palabras, equivale a activar aquella garantía secundaria. Se trata; sin embargo, de una contradicción de la premisa normativista y iuspositivista de su misma teoría. De aquí se deriva, en efecto, que derechos formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos pero privados de garantías serían, simplemente, derechos inexistentes; y, que inexistentes serían también las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales serían no-derechos, no-normas, solamente por estar privados de garantías, tanto primarias como secundarias.

En primer lugar (Tole Martínez, 2006), contradice el postulado del positivismo jurídico, en cuanto desconoce la positividad de las normas jurídicas, las cuales en un sistema normodinámico existen si son puestas o producidas, y no se corresponden con un principio teórico arbitrario (la efectiva producción, en correspondencia con los derechos constitucionalmente establecidos, de los correlativos deberes). Contradice, en segundo lugar, el postulado del constitucionalismo, en

cuanto desconoce el grado supraordenado a toda otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos en ellas establecidos, cuya existencia no puede estar subordinada a la producción (obligatoria) de sus leyes de ejecución, dado que una tesis similar equivaldría a decretar el poder del legislador para frustrar, o para abrogar o de todos modos para derogar la Constitución y para, así, ocultar su violación.

Al contrario, es la estructura normodinámica del Derecho positivo (Tole Martínez, 2006) la que impone distinguir entre los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sus garantías legislativas. Puesto que en un sistema normodinámico, la existencia de las normas está ligada a un hecho empírico, es decir, al acto de su producción, es perfectamente posible que dado un derecho fundamental expresado por una norma constitucional, no exista la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverlos; así como es perfectamente posible que, dada la facultad de un comportamiento, por ejemplo un derecho de libertad, exista la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que lo prevé. Es perfectamente posible que, en ordenamientos complejos, en los que se articulan múltiples niveles normativos, se produzcan lagunas y antinomias. Esta posibilidad es un corolario del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es, por consiguiente, el espacio virtual que él abre para la existencia del derecho ilegítimo, causada por la posible inobservancia, por parte del legislador, de la obligación de ejecutar la norma constitucional.

Es precisamente esta obligación aquella de una legislación de ejecución, consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias faltantes, la que integra la garantía constitucional positiva de los derechos fundamentales establecidos. No es, por tanto, verdad que la carencia de garantías legislativas primarias y secundarias equivale a la carencia de cualquier obligación en cabeza del legislador. Entonces, existe una obligación, y es precisamente la de introducir las garantías correspondientes al derecho estipulado. Es en esta obligación de una legislación de ejecución que podemos identificar la garantía constitucional positiva primaria de los derechos constitucionales establecidos (Tole Martínez, 2006).

Se trata de una garantía débil en un doble aspecto: en primer lugar, por la dificultad de asegurar la efectividad mediante una garantía constitucional positiva secundaria como sería el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las lagunas; en segundo lugar, porque aquella es una meta-garantía, consistente en la obligación de introducir legislativamente la garantía fuerte constituida por las garantías primarias y secundarias correspondientes al derecho constitucionalmente establecido.

Por lo demás, todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, si se toma la estipulación constitucional, con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad como el hábeas corpus, o bien con un derecho social como el derecho a

la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria; es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias, tales derechos son destinados a permanecer en el papel. Más, ciertamente, no diremos que ellos no existen porque no existe el deber o la obligación correspondiente.

Existe, en efecto, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes (Tole Martínez, 2006); es decir, de colmar las lagunas, aquella realiza y satisface, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del nexo de implicación entre derecho y garantía. Pues bien, es propiamente en la laguna o en la ineffectividad de las garantías legislativas, es decir, de las leyes de ejecución de los derechos constitucionalmente establecidos, en particular de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la instrucción y a la subsistencia, donde reside hoy el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. La ausencia de garantías es prácticamente total en el Derecho internacional.

Con la sola excepción de las instituciones de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional es casi del todo carente de instituciones de garantía: tanto que se puede identificar la globalización, en el plano jurídico, como un vacío casi total de una esfera pública, esto es, de garantías a la altura de los múltiples derechos fundamentales solemnemente proclamados en las numerosas declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, también a nivel estatal, las democracias constitucionales

son incompletas en múltiples aspectos respecto de los densos catálogos de principios y de derechos establecidos en sus constituciones rígidas (Ferrajoli, 2006).

En muchos ordenamientos, primero que todo, carecen de las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y carecen, sobre todo, de las técnicas jurídicas idóneas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Carecen incluso de las técnicas garantistas idóneas para impedir o reparar el desmantelamiento, en marcha en muchos países, de muchas de las garantías sociales existentes.

También para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones de sus lesiones y las secundarias de la condena de sus ofensas y de la anulación de las normas con ellas reñidas son del todo inidóneas para ponerlas a salvo de las viejas y nuevas insidias y agresiones, provenientes no sólo de los poderes políticos sino también de los grandes poderes económicos privados. Incluso los derechos políticos pueden ser frustrados, si el ordenamiento no dispone de eficaces defensas jurídicas, por los métodos electorales establecidos, por la concentración de los medios de información y por las lesiones causadas a la representación por las *derive plebiscitarie* y por los conflictos de intereses. Todas estas lagunas y todos estos variados aspectos de ineffectividad deben, por tanto, ser entendidos como las múltiples causas de ilegitimidad (Ferrajoli, 2006).

Podemos identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de efectividad de las garantías de

los derechos constitucionalmente establecidos; e identificar la ilegitimidad con sus violaciones o con su laguna (Ferrajoli, 2006).

### **3.3. LA PREVALENCIA DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD FRENTE AL PATERNALISMO JURÍDICO**

Según la visión conflictivista de los derechos fundamentales (Castillo-Córdova, 2012) éstos son realidades que eventualmente pueden entrar en pugna entre sí, pues se tiene la idea que, al ejercer un derecho fundamental, este puede colisionar con el ejercicio de otro derecho. En caso de controversia o de antinomia subjetiva, se refiere que como las fronteras que demarcan el ejercicio de los derechos no son precisas, los conflictos son inevitables.

Según la visión conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar. Ante una controversia, la solución se limita sólo a optar por un derecho y desplazar a otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Por tal motivo resulta importante hallar los medios de justificación de la prevalencia de un derecho en razón del detrimento de otro. A partir de la visión conflictivista, se suelen emplear la jerarquía y la ponderación de derechos (Castillo-Córdova, 2012).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Castillo-Córdova, 2012) se suele afirmar que la libertad de información es jerárquicamente superior al derecho a la intimidad o al derecho al honor, en cuanto aquella libertad tiene una especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad, valor que no se encuentra en derechos como el derecho a la intimidad o el derecho al honor. En efecto, el Tribunal Constitucional

español ha atribuido a las libertades de expresión e información una “posición prevalente” en el seno del ordenamiento jurídico español, justificándola precisamente en su valor institucional.

Otro medio de resolución de controversias, en el marco de la concepción conflictivista, es la ponderación de derechos. Este medio se basa en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las particulares situaciones de hecho del caso materia de controversia, ello con la finalidad de determinar el derecho con mayor peso en el caso en específico (jerarquización en concreto).

A este respecto es bastante didáctico Alexy, citado por Castillo-Córdova (2012) quien señala que el Tribunal verifica que en ciertos supuestos se suscita tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en protección de sus derechos constitucionalmente garantizados también por el Estado. En este caso, el conflicto debería ser resuelto mediante la ponderación de intereses del mismo nivel, en abstracto, asignándole mayor peso a alguno de ellos en el caso específico.

El principio de proporcionalidad impide el inútil sacrificio de algún derecho. La proporcionalidad se sitúa del lado del derecho que sufre la restricción, pues se trata de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino por el contrario busca preservar ambos.

La interpretación armonizadora de los Derechos Fundamentales (Castillo-Córdova, 2012), hace referencia al principio de unidad y coherencia del hombre.

Se busca interpretar los derechos de las personas de manera armónica. Ello como consecuencia del fundamento de la naturaleza humana (la persona humana), siendo la primordial finalidad favorecer el efectivo desarrollo de la persona humana.

Todos los derechos fundamentales encuentran su sentido en razón de que efectivo ejercicio coadyuva en la consecución de una finalidad última, como resultado de las exigencias de la naturaleza humana.

De este modo, al ser los derechos fundamentales manifestaciones jurídicas de la naturaleza humana, con una dimensión individual y colectiva, el contenido esencial de los derechos no puede determinarse en atención a una sola de dichas dimensiones, no pudiendo existir contenido de derecho que atente contra la convivencia social. Si los derechos humanos favorecen la realización y felicidades humanas, y el bien común o interés general está también al servicio de tal objetivo, entonces no puede existir ningún contenido de derecho humano que se formule al margen o en contraposición al bien común (Castillo-Córdova, 2012).

El principio de unidad de la Constitución permite que no existan verdaderos conflictos entre derechos fundamentales. La hermenéutica constitucional implica que las distintas prerrogativas constitucionales deben interpretarse como partes integrantes de un todo, de un sistema, de una unidad. Es decir, y en referencia a las disposiciones de la Constitución que recogen derechos, se debe interpretar evitando cuidadosamente toda interpretación del derecho fundamental que pudiera

convertirlo en contradictorio con otras normas constitucionales o que pudiera vaciar de contenido otros mandatos de la Constitución.

La delimitación constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales, debe comprenderse a partir de que si los conflictos entre derechos fundamentales son aparentes, entonces, la solución implica una adecuada delimitación del contenido esencial del derecho en un caso específico.

Por ejemplo, un medio periodístico ha publicado una información referida a una persona determinada, y esta afirma que el contenido de la información lesiona su derecho al honor. El caso no puede plantearse como un conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y, consecuentemente, no deben buscarse criterios que hagan prevalecer un derecho sobre el otro. En realidad, simplemente se trata de establecer si la publicación de la concreta información cae dentro o fuera del contenido constitucional de la libertad de información a fin de darle o no cobertura constitucional. Si se trata de una publicación que cae dentro del contenido protegido por la libertad de información, no significa que la libertad de información ha prevalecido sobre el derecho al honor, sino simplemente que la concreta información es protegida por el contenido constitucional de la libertad de información (Castillo-Córdova, 2012).

La delimitación del contenido constitucional de un derecho empieza en la Constitución que reconoce el derecho. El intérprete debe cuestionarse la finalidad del derecho (interpretación teleológica), teniendo en cuenta además del precepto constitucional que lo reconoce, todas las demás prerrogativas constitucionales vinculadas (interpretación sistemática).

Esto significa que el contenido constitucional de los derechos no puede formularse de manera abstracta (Castillo-Córdova, 2012) y al margen de las específicas circunstancias de los casos concretos.

Los parámetros constitucionales vendrán dados por la norma constitucional, por la naturaleza jurídica del derecho fundamental que se trate, así como por la finalidad que se persiga con el derecho fundamental en particular.

Así, la delimitación del contenido de los distintos derechos reconocidos constitucionalmente se hará a partir, mínimamente, de tres elementos: la compleja y unitaria naturaleza del hombre; la consideración de todo el texto constitucional; y, finalmente, las circunstancias presentes en cada controversia específica.

De otro lado, para que esta nueva interpretación de los derechos fundamentales y la definición del contenido jurídico, se requiere de una determinada significación de los límites de los derechos. Los derechos fundamentales de la persona no pueden formularse en términos absolutos e ilimitados, sino que por el contrario, su formulación parte del hecho que el contenido de los derechos es un contenido limitado. (Castillo-Córdova, 2012).

Sólo admitiendo que el contenido de los derechos no es ilimitado, puede hablarse de definición o determinación de los contornos del contenido jurídico de un derecho fundamental. De este modo, toda actividad que recaiga sobre los derechos fundamentales no puede ser una tarea limitadora del contenido de tales, sino que será una actividad delimitadora de las fronteras jurídicas.

Por tanto, si bien el contenido del derecho es limitado, el contenido del mismo no puede ser limitable de ningún modo por nadie, sino que solo será válida una tarea delimitadora de su contenido esencial.

Determinar el contenido esencial del derecho implica observar hacia los límites internos de cada derecho fundamental en pugna (Castillo-Córdova, 2012), hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable, definiendo tales contornos o fronteras podremos determinar lo que está dentro de lo que está fuera del ámbito de protección de un derecho.

Siendo ello así, no debe entenderse a los límites como restricciones impuestas externamente por el legislador (teoría externa de los límites), por el contrario, debe hacerse referencia a delimitaciones (teoría interna de los límites).

De esta manera, se puede concluir que el problema de los límites de los derechos fundamentales, se convierte en un problema de delimitación del contenido de los mismos, el cual una vez definido no podrá ser limitado válidamente por el poder político en cualesquiera de sus manifestaciones, normativas o no.

Por lo tanto, la naturaleza y la finalidad de los derechos fundamentales exigen que ellos no sean concebidos como realidades que se oponen entre sí. Al momento de interpretar las normas iusfundamentales, que se trata de derechos que son reflejo de las exigencias de una realidad que es esencialmente unitaria y coherente: la naturaleza humana. Si la Constitución es una realidad normativa, no puede admitirse que en los

casos concretos sólo tenga vigencia aquel dispositivo constitucional que recoge el derecho que prevalece, y no la tenga el dispositivo que recoge el derecho sacrificado. Del mismo modo, si la Constitución es una unidad sistemática, no pueden interpretarse las normas iusfundamentales de modo incompatible entre sí (Castillo-Córdova, 2012).

Así, los denominados conflictos entre derechos fundamentales son solo aparentes. Los conflictos reales se verifican solamente en el ámbito de las pretensiones que en un litigio específico incoen los sujetos, afirmándose que, en este nivel, una pretensión ha prevalecido sobre la otra (Castillo-Córdova, 2012). Esto supone abandonar los mecanismos de interpretación constitucional que, partiendo de concebir los derechos como realidades contradictorias, pretenden solucionar el conflicto mediante métodos que terminan poniendo un derecho por encima de otro, es decir, que terminan proponiendo la prevalencia de uno y el desplazamiento del otro. Al abandonar estos mecanismos de interpretación se deben acoger aquellos que partiendo de la posibilidad de una vigencia armoniosa y en conjunto de los derechos fundamentales, proponga métodos dirigidos a lograr una vigencia ajustada de los mismos. Los métodos de interpretación determinan que todos los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico que se define desde el texto constitucional, en razón de su finalidad y naturaleza jurídica del derecho en cuestión. No es un contenido ilimitado, sino que tiene un alcance y significación limitada (Castillo-Córdova, 2012).

Siendo así, la vigencia efectiva y plena de los derechos fundamentales implica que los derechos de la persona dejen de concebirse como

realidades conflictivas y pasen a ser interpretadas como realidades conciliadoras que permiten la vigencia armoniosa y conjunta de todas esas prerrogativas fundamentales.

De otro lado, la distinción entre reglas y principios esbozada por Alexy (1993), toma como punto de partida no la noción de derrotabilidad, sino la noción de ser cumplido. Asume que las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Los principios, por otro lado, son normas que pueden poseer distintos grados de cumplimiento, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado. Debido a esa diferencia, las reglas son mandatos definitivos, los cuales se oponen a los principios como mandatos de optimización. De acuerdo a esa diferenciación, las reglas cuando son cumplidas lo son de manera absoluta, en tanto el cumplimiento de los principios puede producirse de forma gradual. Esta distinción entre reglas y principios puede ser denominada la distinción clásica.

Posteriormente, la noción inicial de principios como mandatos de optimización se convierte en un modelo de dos niveles. Como objeto de optimización, el mandato a optimizar se coloca en el nivel del objeto. El mandato para optimizar, por su parte, se encuentra en un meta nivel, el nivel de las reglas (Bäcker, 2007).

Para Carsten Bäcker (2007) la derrotabilidad, elemento diferenciador entre reglas y principios, debe ser entendida como la capacidad de admitir excepciones. Las reglas, en general, tienen excepciones. Dichas excepciones no pueden ser enunciadas de forma conclusiva debido a que las circunstancias que darán origen a casos futuros no pueden ser

previstas en su totalidad. Siendo así, las reglas siempre pueden admitir excepciones; es decir, son derrotables. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización que no admiten excepciones.

De ese modo, para aplicar un principio es necesario optimizar y así tomar en cuenta todas las circunstancias dadas. De modo que, ninguna excepción puede admitirse en la aplicación de un principio; en consecuencia, los principios, *prima facie*, no son derrotables. En ese sentido, la distinción entre reglas y principios destacada como el axioma central de la teoría de los principios puede ser mantenida recurriendo a la noción de derrotabilidad (Bäcker, 2007).

La noción de derrotabilidad (Bäcker, 2007) implica que esta es un fenómeno jurídico que se encuentra caracterizado por la expresión “a menos que”, de este modo, la derrotabilidad consiste en una estructura de excepción a la regla, por lo general si se cumplen las condiciones de una regla se sigue una conclusión. La conclusión es derrotada si surge una excepción. De ese modo, aun cuando se cumplan las condiciones para tal caso, la conclusión no se produce.

Las reglas jurídicas en general tienen esta capacidad para admitir excepciones. No es posible eliminar esta capacidad mediante la incorporación de todas las excepciones a la regla, creando así una nueva regla sin excepciones.

La derrotabilidad (Bäcker, 2007) de las reglas se origina en la limitada capacidad humana de prever todas las circunstancias relevantes y, por consiguiente, en la correspondiente deficiencia estructural de las reglas. Si las conclusiones de una regla se cumplen, entonces se sigue la

conclusión, a menos que surjan excepciones, esto es, si a, entonces b, a menos que c. Debido a que no es posible concebir todas las excepciones, no es posible crear una regla sin excepciones. Por tanto, las normas jurídicas necesariamente tienen la capacidad para admitir excepciones. Entonces, la derrotabilidad se erige como la capacidad para dar cabida a las excepciones que no se pueden prever ni enumerar exhaustivamente en todos los casos futuros.

Los principios, al contrario de las reglas, no puede admitir excepciones, por cuanto se considera como parte de su estructura que todas las circunstancias en cuestión serán tenidas en cuenta cada vez que el principio se aplique. El mandato a optimizar podría ser denominado objetivo de optimización. No es realmente claro por qué el objetivo de optimización debe ser un mandato. Es muy posible que la condición o el objetivo a optimizar sea una condición u objetivo que debe ser por sí mismo. Pero esto no quiere decir que necesariamente debe ser un mandato, sino que puede ser cualquier condición o cualquier otro objetivo. De esta manera, se llega a una expansión de la estructura conceptual.

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios siempre implican un mandato para optimizar, considerando que las reglas simplemente ordenan que algo debe ser realizado en determinadas condiciones. Así, el acto de optimización es característico de los principios: con el fin de aplicar un principio, se debe, necesariamente, optimizar. Optimizar significa realizar un objetivo en la mayor medida posible, teniendo en cuenta todas las circunstancias

relevantes. Sin embargo, si todas las circunstancias relevantes se tienen en cuenta, como lo demandan los principios, no puede haber ninguna excepción. No existe el «a menos que» en los principios. Por el contrario, cuando se aplican las normas no hay necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias relevantes. Si una condición se cumple, la conclusión se sigue. La condición de una regla es siempre un complejo conjunto más o menos coherente de las circunstancias en las que el resultado se sigue, no importa qué otras circunstancias puedan estar en juego. Por tanto, cuando se aplican las reglas la «condición a menos que» puede surgir de estas circunstancias que no son parte de la condición. La regla es, entonces, derrotada y por tanto debe revisarse (Bäcker, 2007).

La noción «todas las circunstancias relevantes» apunta al hecho de que no conocemos todas las circunstancias, ni en el presente ni en el futuro. Por tanto, incluido en el concepto de optimización se encuentra el hecho de que no sabemos todo. Debido a que no es posible concebir todas las circunstancias, es suficiente para la aplicación de los principios, esto es, para realizar un objetivo en la mayor medida posible, que tantas circunstancias como sea posible, que sean reconocidas como relevantes, sean tenidas en cuenta. Por tanto, la razón principal de la derrotabilidad de las reglas, la incapacidad humana para concebir todas las circunstancias que conduce al hecho de que no sabemos todo, es una de las condiciones estructurales para la aplicación de los principios. En conjunto, se puede decir que hay tres tipos de circunstancias que deben tenerse en cuenta al aplicar los principios jurídicos a través de la optimización: (1) grado de conocimiento, (2) las posibilidades fácticas, (3)

las posibilidades legales. A la luz de estos tres conjuntos de circunstancias, el objetivo del principio se ha de realizar en la mayor medida de lo posible (Bäcker, 2007).

Teniendo en cuenta esta idea, los principios no pueden tener excepciones, por todas las razones tenidas en cuenta contra la realización de los objetivos de un principio y que han de ser consideradas en la optimización todas las circunstancias relevantes conocidas. Por tanto, todas las razones posibles para el surgimiento de excepciones ya forman parte del procedimiento de optimización. Los principios, en otras palabras, no pueden admitir excepciones, *prima facie*.

Los principios como razones contributivas a la acción, exigen que un objetivo sea alcanzado, mientras que las reglas son razones decisivas que funcionan como razones excluyentes cuando chocan con los principios como razones contributivas. Lo más importante es lo que ellos llaman una segunda causa, según la cual la anulabilidad de los principios es parte de su naturaleza como razones contributivas. La ponderación de razones contributivas es la segunda causa de derrotabilidad. Si un principio es superado por otro, el primer principio es derrotado. Entonces el principio como un mandato de optimización no se encuentra derrotado, sino simplemente aplicado, con el resultado que su realización es posible sólo si el contrapeso que comprende el principio de la competencia o las razones que respaldan la regla en conflicto no lo superan en peso (Bäcker, 2007).

Los principios presentan un carácter *prima facie* distinto (Bäcker, 2007): consisten en mandatos *prima facie* porque carecen de contenido de

determinación. Esta diferencia estructural entre las reglas y los principios concerniente a su respectivo carácter *prima facie* puede ser explicado por la noción de derrotabilidad. Las reglas son *prima facie* en virtud de ser derrotables. Siempre es posible que pueden surgir circunstancias que dan lugar a una excepción imprevista. Los principios, por otra parte, son *prima facie*, pero no son derrotables. Ellos son *prima facie* por su contenido de determinación, su importación para la aplicación en cuestión, debe determinarse en cada aplicación y en relación con todas las circunstancias. Por tanto, cuando se trata de una regla, el contenido disponible en la aplicación es definitivo, pero derrotable; mientras que, en el caso del principio, el contenido disponible de la aplicación es *prima facie*, puesto que ha de determinarse por medio de optimización a la luz de todas las circunstancias relevantes conocidas, y por tanto no es derrotable.

Para cada principio habrá, al menos en abstracto, una serie de enunciados de principios. Cada enunciado de principios cuenta como una de las numerosas posibilidades de dar expresión a un principio. Como resultado, surge una conceptualización triple de los principios: en primer lugar, existe el enunciado de principios en el lenguaje natural dando expresión a un principio como una norma. En segundo lugar, existe el principio como una norma que exige la realización de un objetivo en la mayor medida posible, y por la vía de la optimización. Por último, en tercer lugar, se encuentra el objetivo o finalidad del principio como el objetivo de la optimización que debe ser realizado en la mayor medida posible (Bäcker, 2007).

De otro lado, en cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede empezarse refiriendo que son varios los derechos y libertades declarados abiertamente o reconocidos implícitamente por los ordenamientos constitucionales y el derecho internacional que contribuyen al libre desarrollo de la personalidad del ser humano (Ryszard, 2018), entre ellos la protección de la libertad como tal (contra la detención ilegítima u otras medidas que impidan u obstaculicen la autodeterminación o el comportamiento de la persona), la libertad de expresión, pensamiento e investigación científica, la protección de la vida privada y familiar, el derecho a la educación y activa participación en la vida cultural. De hecho, podría afirmarse que la mayoría de los derechos humanos y fundamentales confluye en la consecución del desarrollo personal.

Reconocer el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del individuo y extender su alcance lo más posible se justifica tanto por el hecho de que es la persona en todas sus dimensiones el centro de interés y el sujeto de todos los derechos fundamentales, como porque este propósito consagra legislativamente el reconocimiento de un valor de gran envergadura social. Una interpretación rigurosa pero amplia del concepto jurídico libre e íntegro desarrollo de la persona, ratifica la relevancia de dicho concepto para la condición de la sociedad en su totalidad y a la vez exige la introducción de medidas concretas y adecuadas, ya sean de naturaleza legislativa o de *soft law* (las políticas públicas), como parte de cumplimiento de obligaciones positivas de implementación efectiva del derecho correspondiente (Ryszard, 2018).

El concepto del libre y pleno desarrollo de la personalidad del sujeto dispone de distintos atributos, uno de ellos reside en las garantías para efectuar la libertad de acción, es decir de manifestarse hacia afuera que además coincide con la libertad de la vida privada y social, es decir de comportarse libremente e iniciar y mantener relaciones con otras personas exentas de intromisiones, impedimentos y autocensura (la protección y el respeto a la vida privada), así se trata de expresiones de la personalidad en la esfera externa del individuo y, por otro lado, consiste en poder desarrollar libremente y plenamente la esfera interna (personal, íntima) del mismo, la zona de lo psíquico, intelectual, cognitivo, axiológico, emocional, sentimental y espiritual de la persona. Los instrumentos político-jurídicos que sirven para apoyar el libre desarrollo del ser humano coinciden estrechamente con la protección de la dignidad humana, fortaleciendo el contenido-núcleo de la personalidad (la esfera interna del ser humano) a fin de facilitar al sujeto llegar a lo más alto, no pueden reducirse a asegurar la mera libertad de comportamiento (acción, actuación) en el grado socialmente aceptable, sino han de encaminarse hacia el emprendimiento de determinadas acciones positivas del Estado, para que se ofrezcan unas prestaciones concretas de carácter de servicios dirigidos al ciudadano y accesibles a él. Se trata de implementar tales medidas públicas y soluciones legislativas, incluida financiación de determinadas actividades, para que se aseguren las oportunidades e infraestructuras que sirvan para la formación (educación) de la persona destinada a satisfacer las exigencias actuales vitales o laborales mediante el acceso y la reutilización de ciertos recursos de conocimiento,

tratándose de escuelas, plataformas y entidades de acceso a los contenidos de conocimiento, ciencia y cultura, bibliotecas, mediatecas, filmotecas, archivos, plataformas de las administraciones públicas e instituciones de investigación, u otros establecimientos físicos o virtuales, etc (Ryszard, 2018). Esta responsabilidad basada en la comprensión completa del concepto del libre desarrollo de la personalidad coincide con el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la totalidad del sistema jurídico. La obligatoriedad de actuar positivamente por parte del poder público repercute también en el hecho de que se introduzcan o modifiquen las normas jurídicas (las leyes) del modo que garantice, confirme y refuerce el entorno jurídico propicio al desarrollo personal, incluido el delicado campo del derecho de autor y propiedad intelectual de relevancia esencial al respecto (Ryszard, 2018).

#### **3.4. LA FUNCIONALIDAD DEL PATERNALISMO JURÍDICO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO COMO LÍMITE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INDIVIDUALES**

Los límites de los derechos fundamentales en sentido estricto, implican que, en determinadas ocasiones, son las prerrogativas constitucionales las que establecen por sí mismas límites a los derechos fundamentales. Todo derecho fundamental tiene sus límites establecidos en la Constitución, en determinadas ocasiones, encontrando fundamento de ello en el orden público y la paz social (Aguiar de Luque, 1993).

No representan un problema de interpretación los límites explícitos que la Constitución impone, sino los límites intrínsecos; es decir, aquellos que se

desprenden de su sola incorporación y conformación constitucional como tales derechos.

Cuatro son los principales instrumentos normativos que hay que tomar en consideración: la reserva de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (para lo que es competente el legislador orgánico), reservas específicas de ley y habilitaciones puntuales para limitar determinados derechos, y finalmente reserva general de ley para la regulación del ejercicio de los derechos.

La interpretación de la ley orgánica atiende a la función que esta figura normativa desempeña en el sistema jurídico como instrumento, teniendo una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollen de modo directo (Aguiar de Luque, 1993).

Desde la perspectiva de los límites de los derechos fundamentales destinados a prolongar la obra del constituyente (Aguiar de Luque, 1993), la ley orgánica, no es norma que desarrolla los derechos fundamentales, sino que desarrolla la Constitución en aquellos ámbitos en los que es convocada para ello y, por lo tanto, puede ser instrumento normativo válido para limitar los derechos. Sin embargo, siendo esto así, hay paralelamente que indicar que en tal supuesto ha de serle de aplicación a esta figura normativa el concepto de «contenido esencial» como límite a toda intervención normativa en la materia.

Menos problemas presenta la admisión de la capacidad limitadora del legislador ordinario, cuando se encuentra de por medio una habilitación específica de la Constitución para restringir determinado derecho

(reservas de restricción) o para materializar legislativamente algún límite que la Constitución por sí misma determina. La intervención del legislador tiene en un caso y en otro sustanciales diferencias, toda vez que en el primero opera con carácter constitutivo en tanto que en el segundo tiene, en todo caso, un carácter meramente declarativo, pero la estructura de la norma constitucional es similar: declaración de un contenido constitucionalmente protegido y determinación de unas restricciones a aquél, ya en el mismo precepto constitucional o en otro lugar, pero en ambos supuestos con delimitación precisa de la restricción que se habilita a establecer o que se establece allí. En todo caso, unas y otras limitaciones, en la medida en que representan una intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales, se hallan sometidas a los límites de alcance general que afectan a este tipo de normas, denominadas "límites de los límites". Como más relevantes pueden citarse la excepción a la abolición de la pena de muerte para tiempos de guerra; el establecimiento de supuestos de privación de libertad por vía legal; las restricciones legales que puedan establecerse al derecho a entrar y salir libremente del país; la restricción al derecho de sindicación, y, finalmente, el establecimiento de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad en relación al derecho de huelga (Aguilar de Luque, 1993).

El legislador en cuanto dotado de una competencia general para limitar los derechos, pero lejos de establecer una remisión a la capacidad limitadora de los derechos que se establece en otros preceptos de la norma fundamental, contiene un apoderamiento general para regular el

ejercicio de los derechos fundamentales; este apoderamiento general se superpone así a las reservas específicas de ley que contienen artículos de la Constitución y a las habilitaciones específicas para limitar determinados derechos fundamentales.

El constituyente, con esta regulación, no aborda la posibilidad de restringir los derechos fundamentales por vía legislativa y extiende los denominados «límites de los límites» a aquellas leyes reguladoras de aquellos (Aguiar de Luque, 1993); sin embargo, simultáneamente, permite el establecimiento de límites en cualquier derecho, más allá de las habilitaciones específicas, pues toda ley reguladora del ejercicio de un derecho, con o sin reserva de restricción, puede fijar límites en el contenido esencial del derecho.

Los límites de los derechos fundamentales (Aguiar de Luque, 1993) en buena medida han abandonado ya esa construcción en favor de argumentaciones de otro tipo que redundan en una mayor seguridad jurídica. En efecto, los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites internos: No existen derechos ilimitados.

Todo derecho tiene, indudablemente, sus límites, establecidos, a veces, por la misma Constitución, o, en otras situaciones, el límite se desprende de una manera mediata o indirecta de tal norma, pues se justifica en la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionalmente tutelados por el texto Constitucional (Aguiar de Luque, 1993).

A partir de ello, se admite sin distinguos que la regulación del ejercicio de los derechos puede entrañar tanto su concretización legislativa como la imposición de límites a los derechos, ya sea en base a criterios subjetivos (el límite afecta a ciertos sectores de población que tienen una posición jurídica particular en cuanto se hallan sometidos a una relación de sujeción especial, bien en atención a criterios objetivos. El contrapeso de esta restricción general de los derechos es que, además de respetar el contenido esencial del derecho, la limitación precisa ser razonable y justificada. De otro lado, si los límites derivan de la incardinación de los derechos en el texto constitucional y del principio de unidad de la Constitución, la restricción de tales debe estar justificada, objetivamente, por la realización de otros derechos constitucionales (Aguiar de Luque, 1993).

El límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

La valoración constitucional y el control de la justificación corresponde en última y suprema instancia al Tribunal Constitucional mediante una ponderación de ambos, el derecho fundamental sacrificado y el derecho, constitucional garantizado en otro lugar, de tal forma que todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar en caso de controversia.

Con la tesis de la limitabilidad general de los derechos vía regulación del ejercicio (Aguiar de Luque, 1993), el control de la concreta restricción de

un derecho que pueda tener lugar ha de hallar y explicitar el derecho, bien o valor constitucional que lo justifique y ponderar la proporcionalidad del sacrificio impuesto; el problema es entonces indagar los derechos, bienes y valores constitucionales que pueden legitimar la restricción de un derecho.

Con la expresión “límites de los límites” (Aguilar de Luque, 1993) se conoce el conjunto de institutos que, en cuanto requisitos formales y materiales para las leyes restrictivas de los derechos y libertades, operan a modo de límites de la capacidad limitadora del legislador en dicha materia. Por su explícita consagración constitucional, merece por excelencia dicha consideración la noción de contenido esencial. En la medida en que toda restricción de los derechos se encuentra justificada por el aseguramiento de otros derechos, bienes o valores constitucionales, la justificación de la restricción y su correlato de proporcionalidad entre aquella y el sacrificio impuesto también pueden ser considerados límites de los límites. No obstante, con carácter general y previo a toda la noción de límites de los derechos hay que advertir que toda restricción de éstos ha de venir respaldada por norma de rango de ley. Estos «límites de los límites» gozan de una fuerza expansiva fruto del papel decisivo de los derechos en la determinación del orden básico de valores constitucionales, lo que comporta que esta significación de los derechos fundamentales ha de operar por sí misma un primario efecto limitador de las leyes reguladoras de los mismos; límites que habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen derechos fundamentales, han de ser interpretados a su vez restrictivamente,

produciéndose, se este modo, una suerte de régimen de concurrencia normativa, de forma tal que tanto las normas que regulan los derechos fundamentales, así como las que establecen límites a su ejercicio, son vinculantes y de actuación recíproca; como consecuencia de esta interacción, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales restringen el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre tales, de allí la necesidad de que estos límites sean entendidos con criterios restrictivos y en sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos fundamentales (Parejo, 1981).

El concepto de contenido esencial es tema suficientemente elaborado por la doctrina, destacando su virtualidad limitadora de los límites, entresacando lo más significativo de la exposición realizada por los autores citados, que ésta se despliega en relación a todos los derechos fundamentales, sin perjuicio de la individualidad del contenido esencial de cada derecho (cada derecho encierra su propio núcleo de esencialidad), y, finalmente, en consonancia con todo ello, que el contenido esencial de los derechos se levanta como barrera infranqueable que no opera tan sólo en el momento normativo de los derechos, sino que modula también la aplicación concreta de los límites en las intervenciones administrativas de los derechos o en la labor de la jurisdicción ordinaria. Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso, respetar su contenido esencial (Parejo, 1981).

De otro lado, la necesidad de que toda restricción por vía legislativa de los derechos y libertades sea justificada deriva de la existencia de unos límites inmanentes a los derechos, fruto de su incardinación en un sistema constitucional que constituye una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores, pero en el que los derechos desempeñan un papel decisivo en su determinación. La dificultad, no obstante, no consiste en constatar dicha necesidad, referida al evaluar la teoría de los límites intrínsecos o inmanentes, al dotar de límites precisos a los bienes, valores o derechos que hipotéticamente pueden desempeñar dicho rol, con el riesgo de vaciar de contenido a la proclamación constitucional de los derechos. Una primera y obvia constatación, implícita es que hemos de movernos siempre en el ámbito de los enunciados constitucionales y que, por tanto, sólo podrán desempeñar ese papel habilitante los bienes, valores y derechos constitucionalmente consagrados; lo contrario supondría dejar los derechos y libertades carentes de fuerza constitucional vinculante al albur de mayorías legislativas coyunturales. Pero, más allá de tan obvia aseveración, resulta difícil determinar *a priori* qué bienes, valores o derechos pueden desempeñar tal función. En todo caso, una primera labor es examinar los criterios empleados a tal efecto por el Tribunal Constitucional. Sin lugar a dudas, el punto de partida en dicha cuestión han de ser los derechos de los demás como fundamento del orden político, lo que habilita al legislador a adoptar las medidas para la articulación subjetiva de los distintos derechos fundamentales, reafirmando una idea habitual entre los tratadistas que aluden al tema, de modo tal que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución

no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás.

Sin embargo, más allá de esta noción, existe en la jurisprudencia constitucional internacional una gran heterogeneidad de valores o bienes constitucionales que habilitan para la restricción de los derechos fundamentales; respecto a los primeros, los valores susceptibles de justificar una restricción de los derechos fundamentales, pues ha de tratarse de valores constitucionalmente reconocidos y a priori por todos; así, el derecho ajeno como límite supone el reconocimiento de una realidad esencial del Derecho, su estructura relacional, la alteralidad o bilateralidad; el derecho subjetivo fundamental puede chocar con el derecho fundamental de otro y ése es su primer límite exterior (Parejo, 1981).

El principio más relevante de la interpretación es la unidad de la constitución, aludiendo al concepto de unidad a partir del sentido teleológico-lógico, por cuanto la esencia constitucional consiste en un orden unitario de la vida social y política de la comunidad pública.

En síntesis, la restricción de un derecho fundamental no tiene que ser solamente justificada, sino, además, proporcionada a la finalidad objetivamente perseguida por la norma limitadora. El Tribunal Constitucional ha acudido en reiteradas ocasiones al principio de proporcionalidad como criterio interpretativo de muy diversas cuestiones constitucionales, a fin de determinar si las medidas aplicadas eran necesarias para el fin perseguido se examinará si se han ajustado o han infringido el principio de proporcionalidad, pues el legislador no goza de

omnínoda libertad, dentro del marco enunciado, ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos o que no sean justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser acorde al espíritu constitucional, siendo el juicio de razonabilidad y proporcionalidad los que resultan relevantes (Parejo, 1981).

De otra parte, más allá de criterio hermenéutico, afirma L. Parejo (1981), el principio de proporcionalidad encuentra apoyatura expresa en la interdicción de la arbitrariedad, por lo que nada se opone a una intensa aplicación de tal principio al tema que nos ocupa en su triple dimensión de identidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Probablemente, el tema no quede suficientemente cerrado con las ideas expuestas y el margen de disposición que se otorga el Tribunal Constitucional sea excesivamente amplio.

Ciertamente, sólo son constitucionalmente legítimos los límites a los derechos fundamentales que vengán normativamente determinados a través de los correspondientes preceptos constitucionales o, derivadamente, legislativos, por lo que, a los operadores jurídicos en general, y de modo particular a Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria cuando haya lugar, les incumbe tan sólo aplicar tales límites a los supuestos que puedan plantearse con ocasión del ejercicio de los derechos. Sin embargo, más allá de esta obvia constatación, es lo cierto que en ese momento aplicativo del derecho que entraña su ejercicio se ponen de manifiesto algunas cuestiones que afectan al tema, siendo un buen exponente de ello la posibilidad de extrapolación al ámbito de los

derechos fundamentales de las nociones que, a modo de límite general al ejercicio de los derechos subjetivos, consagra la exigencia de buena fe en el ejercicio de los derechos y la interdicción del abuso del derecho y el ejercicio antisocial de los mismos (Parejo, 1981).

Pero es que, además, con frecuencia las normas legales reguladoras de un derecho recurren a conceptos jurídicos indeterminados o excesivamente abiertos, que otorgan al operador jurídico un amplio margen de discrecionalidad, habilitándole para establecer cuasiautónomamente verdaderas limitaciones a los derechos. Resulta así especialmente necesario dejar constancia de algunas cláusulas generales de interpretación de los límites de los derechos que han de estar especialmente presentes a la hora de establecer los límites que a dicho ejercicio derivan de los deberes que han de cumplir en su condición de funcionarios.

De un lado, hay que recordar que la relación derechos fundamentales-límites está presidida por la fuerza expansiva de aquellos y, consecuentemente, obliga a una interpretación restrictiva de cualquier restricción que se establezca en el ámbito de los derechos (se trata en buena medida del denominado por la doctrina alemana principio de efecto de irradiación del derecho fundamental afectado sobre la ley reguladora). En segundo lugar, la necesidad de justificación constitucional de los límites cuando de su determinación legislativa se trata, se torna en necesidad de motivación en los actos aplicativos, conectándolo al derecho a la tutela judicial efectiva y la posibilidad de reaccionar ante limitaciones hipotéticamente injustificadas, resulta claro que toda resolución que limite

o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado, pues de otro modo se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva; otro concepto frecuentemente empleado en este momento subjetivo del derecho es el de contenido esencial, apareciendo tanto en la jurisprudencia constitucional como en la ordinaria, reforzando la tesis de que se trata de un concepto absoluto y no relativo (Aguiar de Luque, 1993). La posibilidad de extrapolación de tales nociones permite concluir que constituye una constante interpretativa de la jurisprudencia constitucional (Aguiar de Luque, 1993).

Las reglas generales de ejercicio de los derechos, aunque formalmente infraconstitucionales, disfrutan de una presunción de conformidad constitucional y cabe entender subsumidos en la propia lógica constitucional por una cierta remisión implícita a los mismos, siempre que no constituyan una vulneración flagrante de los enunciados constitucionales. Así, por más que los derechos fundamentales puedan ser comprendidos a partir de la noción de derechos subjetivos, es innegable que gozan de particularidades respecto a éstos, singularidades que no pueden ser desdeñadas. No se trata tan sólo de su posición e importancia como expresión del superior orden objetivo de valores del ordenamiento, sino que su régimen jurídico cuenta con elementos particulares (irrenunciabilidad) (Aguiar de Luque, 1993).

El libre desarrollo de la personalidad (y los derechos fundamentales son instrumentos de realización de aquel), de este modo, junto a los límites

constitucionales expresos y en el mismo plano que ellos viene a situarse un nuevo límite, la buena fe en el ejercicio de los derechos.

Dicho, en otros términos, los derechos fundamentales tienen un componente individualista (Aguar de Luque, 1993) que se compadece mal con las nociones de buena fe y abuso del derecho que descansan en un juicio de intenciones o en la utilización del derecho para fines distintos de los previstos en el ordenamiento con un carácter antisocial. Se pone especial atención en establecer el uso de la noción de abuso del derecho a aquel ejercicio de los derechos fundamentales que se enmarca en el tráfico jurídico.

Expuestos los límites a los derechos fundamentales, resulta pertinente correlacionarlos con el paternalismo jurídico y su funcionalidad constitucional; partiremos mencionando que esta figura jurídica es característica del Estado de Bienestar, como variante histórica del Estado Social que desarrolló la protección de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Dicho afán de protección de la segunda generación de derechos fundamentales llegó a los gobiernos a transgredir el contenido ya reconocido de los derechos civiles y políticos, como es el caso del derecho a la libertad que es además uno de los principios básicos del Estado de tipo liberal. Esta transgresión es absolutamente rechazada en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, pues implicaría el retroceso al antiguo régimen estatal francés. La afectación de las libertades fundamentales, entre otras consecuencias negativas, suponen el desconocimiento de la supremacía constitucional,

pues es precisamente en esta norma en la que se reconoce su condición de tal.

Así también, por otro lado, quebrantaría el ideal de restricción del poder político para evitar el desbordamiento de éste a la esfera de los particulares y, principalmente, afectaría el esquema mantenido en los tres últimos siglos que posibilita el orden social y la seguridad jurídica; principios vitales para el constitucionalismo. Según lo dicho, un Estado Constitucional de Derecho se asienta sobre las bases de la división de poderes y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales, razón por la cual la noción o idea de soberanía ejercida por el gobierno no puede concebir la potestad de los órganos públicos para otorgarle valor a los derechos constitucionales, sino únicamente la posibilidad de reconocerlos y la responsabilidad de actualizar su contenido según los valores e ideologías de una sociedad determinada, siendo equiparada a principios y valores supremos, mismos que adquieren un estatus de intangibilidad manteniendo su supremacía gracias al poder revisor (Aguir de Luque, 1993).

Razón por la que el *estatus* de poder revisor que ostenta el constituyente resulta trascendental, por cuanto, lejos de respetar las formalidades propuestas en el Estado Liberal, las funciones públicas llevan adelante una actividad de materialización o concreción de los principios que consiste en fijar nuevas normas acordes al principio, en relación con los pasos particular en que puede ser invocado el principio, tal y como ocurre en el caso del derecho a la defensa según el cual el proceso resulta operativo únicamente en el ámbito de las particulares estructuras

procesales determinadas por el legislador; lo que indica que los principios constitucionales requieren de las actuaciones legislativas, jurisdiccionales y hasta de las elaboraciones doctrinarias para encontrarse dotados de contenidos de eficacia directa y evitar a su vez, posibles conflictos, entre estos al momento de su materialización (Aguar de Luque, 1993).

El paternalismo entonces puede ser aplicado siempre y cuando lo que se busque proteger sea el contenido esencial del derecho fundamental desde un punto de vista material, pues la Constitución no puede ser vista únicamente desde una óptica formal, en la que no se incluyen elementos axiológicos que atemperen los actos emanados de los órganos de poder. Es indispensable garantizar, no sólo la competencia y atribución de los actos de autoridad, sino también la adecuación plena de los principios fundamentales a la realidad. El inconveniente de la norma fundamental limitada al derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz reside en que ya no es más un criterio supremo completo de identificación del derecho. Este papel no le puede ser devuelto en un sentido pleno sino limitado. A tal fin, hay que introducirle cláusulas que tomen en cuenta el argumento de la injusticia y el de los principios, por lo que el argumento de los principios resulta relevante. Si se incorpora el resultado de este argumento en la norma fundamental, surge entonces una norma fundamental no positivista que tiene la siguiente estructura: si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con esta Constitución, tal como corresponde a la pretensión de corrección (López Núñez, 2015).

En consecuencia, resulta posible ejecutar políticas paternalistas únicamente cuando los destinatarios de tales políticas hayan sido declarados incapaces para ejercer *motu proprio* sus derechos fundamentales y no existiendo este presupuesto, en los casos en los que la restricción de los derechos fundamentales no afecte su contenido esencial (López Núñez, 2015).

## CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales se configuran como vínculos sustanciales negativos o positivos impuestos a la democracia política los cuales forman parte de la esfera de lo decidible e indecidible, actuando como factores de legitimación social del Estado constitucional, de esta manera, los derechos del colectivo justifican su predominio frente a los derechos individuales como materialización del bien común.
2. Desde su manifestación objetiva, los derechos fundamentales se materializan como prerrogativas o directrices constitucionales y reglas de actuación en el marco legislativo (así como de todos los poderes públicos), de ellos deriva la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal; los derechos fundamentales rigen como principios supremos que tienen validez para todos los ámbitos del derecho, limitan la autonomía privada, constituyen mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado.
3. Los límites de los derechos fundamentales, *stricto sensu*, implican que son las propias prerrogativas constitucionales las que establecen por sí mismas límites a los derechos, ello se sustenta en el orden público y la paz social. Los derechos fundamentales tienen límites intrínsecos, por lo que cualquier restricción debe venir avalada por la existencia de una realización de otros bienes o valores constitucionales que la aprueben o legitimen.

4. Un Estado Constitucional de Derecho se asienta sobre las bases de la división de poderes y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales, razón por la cual la noción o idea de soberanía ejercida por el gobierno no puede concebir la potestad de los órganos públicos para otorgarle valor a los derechos constitucionales, sino únicamente la posibilidad de reconocerlos y la responsabilidad de actualizar su contenido según los valores e ideologías de una sociedad determinada.
  
5. El paternalismo jurídico puede ser aplicado siempre y cuando lo que se busque proteger sea el contenido esencial del derecho fundamental desde un punto de vista material, pues la Constitución no puede ser vista únicamente desde una óptica formal, en la que no se incluyen elementos axiológicos que atemperen los actos emanados de los órganos de poder.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, adoptar criterios jurisprudenciales uniformizadores en los casos de paternalismo jurídico, a partir del enfoque objetivo de los Derechos Fundamentales y la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de éstos, empleando para tal fin la ponderación y el principio de proporcionalidad.
2. Se sugiere a la comunidad académica reforzar la materia de Derecho Constitucional a través del estudio y análisis de casos concretos sobre paternalismo jurídico a partir de su contenido esencial.

## LISTA DE REFERENCIAS

Abarca, R. (2005). *La libertad es un derecho*. Lima: Universidad Nacional

Mayor de San Marcos.

Aguiar de Luque, L. (1993). *Los límites de los Derechos Fundamentales*.

Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Núm. 14. Universidad Carlos III de Madrid.

Aguilera Portales, R. & López Sánchez, R. (2011). *Nuevas perspectivas y*

*desafíos en la protección de los derechos humanos*. Ciudad de México:

Instituto de investigaciones jurídicas UNAM.

Aguiló, J. (2008). *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en*

*pocas palabras*. Mallorca: Leonard Muntaner.

Alchourrón, C. & Bulygin, E. (1974). *Introducción a la metodología de las*

*ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.

Alemaný, M. (2005). *El concepto y la justificación del paternalismo*. Alicante:

Miguel de Cervantes.

Alemaný, M. (2007). *Breve nota sobre la idea de Paternalismo en la obra de*

*Ernesto Garzón Valdés*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales, trad, del alemán por*

*E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.*

Atienza, M. (2006). *El constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico*

*en la cruz de la Constitución. Barcelona.*

Álvarez, T. (2015). *La intervención del Estado en la libertad individual:*

*liberalismo, paternalismo, bien común. Rio de Janeiro: Civilistica.*

Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2001). *Sobre principios y reglas. Alicante:*

*Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.*

Bäcker, C. (2007). Reglas, principios y derrotabilidad. Rules, Principles and

Defeasibility. Trad. al español de F. J. Campos Zamora. Revisión de A.

García Figueroa. *Universidad de Kiel, suplemento 119, 79-97.*

Carrió, G. (1986). *Principios jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires:*

*Abeledo Perrot.*

Castillo-Córdova, L. (2012). *¿Existen los llamados conflictos entre derechos*

*fundamentales? Revista Jurídica de Thomson Reuters.*

Cornieles, C. & Morais, María G. (2004). IV jornada sobre la LOPNA

*Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Editorial Texto, C.A.*

- Cruceta, J. (2007). *Argumentación Jurídica*. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Cruz Prados, A. (2009). *Filosofía política*. Pamplona: Eunsa.
- De Aquino, T. (90). *Summa Theológica*, I-II.
- Del Rosario-Rodríguez, M. (2011). *La Supremacía Constitucional: naturaleza y alcances*. Cundinamarca: EBSCO.
- Dworkin, R. (1985). *Paternalismo*. Minneapolis: Sartorius.
- Dworkin, R. (1979). *Taking Rights Seriously*. London: Fontana Press.
- Epezua, B. (2008). *La protección de la dignidad humana (principio y derecho exigible)*. Arequipa: Editorial Aduress SRL.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-31.
- Ferraro, C. (2017). La interpretación del esse en el “tomismo intensivo” de Cornelio Fabro. *Espíritu LXVII (2018) N.º 155*, 11-58.
- Garzón, E. (1988). *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* Madrid: Ratio Iuris.

Guerra, R. (2008). *Bioética y norma personalista de la acción: Elementos para una fundamentación personalista de la Bioética*. Madrid: Eunsa.

Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México D.F.: Fontamara.

Guastini, R. (2006). *Lezioni di teoría del diritto e dello Stato*. Roma: Giapichelli.

Habermas, J. (1985). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península.

Kant, I. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.

Llano, A. (1999). *Humanismo Cívico*. Barcelona: Ariel.

López Núñez, J. L. (2015). *Utilización racional del paternalismo jurídico como fundamento de las sentencias del Tribunal Constitucional. Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Cajamarca*.

Michellini, D. (2010). *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*. Mendoza: Conicet.

Millán-Puelles, A. (1976). *Los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana*. Madrid: Rialp.

Molina Rivero, R. (2011). *Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina*. La Paz: Impresores & Editores "Garza Azul".

Moreno, L. (2003). *Ciudadanía, Desigualdad Social y Estado de Bienestar*.

Unidad de Políticas Comparadas.

Müller, F. (1990). *Die Posivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen*

*Grundrechtsdogmatik*. Berlín: 2º Auflage, Duncker & Humblot.

Nickel, J. (1948). *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on*

*the Universal Declaration of Human Rights*. California.

Parejo, L. (1981). *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la*

*jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional del 08 de abril de 1981*. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. I, N.º 03.

Pérez Luño, E. (2010). *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*.

Madrid: Tecnos.

Quiroga, A. (1985). La interpretación constitucional. *Revista Derecho N.º 39*

*Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comisión Andina de Juristas*.

Recasens Siches, L. (1946). *Estudios de Filosofía del Derecho*. Mexico D.F:

Editorial Uteha.

Rovetta Klyver, F. (2008). *El Descubrimiento de los Derechos Humanos*.

Madrid: Iepala.

Ryszard, M. (2018). El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español. *Revista de derecho UNED, núm. 23.*

Sanguineti, J. (1977). *La filosofía de la ciencia según Santo Tomás*. Pamplona: Editorial Eunsa.

Tole Martínez, J. (2006). La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación. *Revista mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 15.

Zagrebelsky, G. (1995). *Il diritto mite*. Madrid: Trotta.