

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



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

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

**DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES COMO PRESUPUESTO PARA SU
RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ

Asesora:

Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO

Cajamarca, Perú

2022



**Universidad
Nacional de
Cajamarca**

"Norte de la Universidad Peruana"



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
José Luis López Núñez
DNI: 42946877
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Doctorado en Ciencias, Mención: Derecho.
2. Asesor: Dra. María Isabel Pimentel Tello.
3. Grado académico o título profesional
☐ Bachiller ☐ Título profesional ☐ Segunda especialidad
☐ Maestro ☒ Doctor
4. Tipo de Investigación:
☒ Tesis ☐ Trabajo de investigación ☐ Trabajo de suficiencia profesional
☐ Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
Delimitación del contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional.
6. Fecha de evaluación: 03/10/2025.
7. Software antiplagio: ☒ TURNITIN ☐ URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 9%.
9. Código Documento: 3117:507466843.
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
☒ APROBADO ☐ PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 03/10/2025.

Firma y/o Sello Emisor Constancia
 Dra. María Isabel Pimentel Tello DNI: 22503219

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2022 by
JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ
Todos los derechos reservados



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 18:50 horas, del día 19 de mayo del año dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**, y en calidad de Asesora la **Dra. MARIA ISABEL PIMENTEL TELLO**, 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: **DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRESUPUESTO PARA SU RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**; presentada por el Maestro en Ciencias en Derecho Constitucional y Derechos Humanos **JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**.

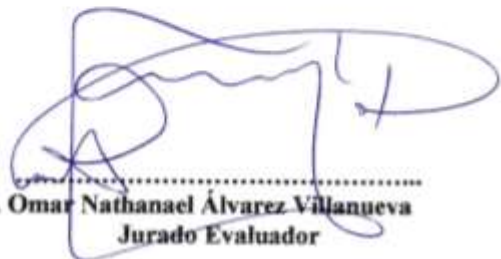
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó DIECIOCHO APROBAR con la calificación de DIECIOCHO (EXCELENTE) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Maestro en Ciencias en Derecho Constitucional y Derechos Humanos **JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 20:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Asesora


.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador


.....
Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

V

A:

Emelina, Karina, Denis, Sofía y Santiago. No existen suficientes líneas para
expresarles mis sentimientos.

AGRADECIMIENTO

A mi asesora, Dra. María Isabel Pimentel Tello, y a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca que me ha dado el respaldo académico para concluir con esta tarea.

La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía?

Para eso, sirve para avanzar

Eduardo Galeano.

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	vi
RESUMEN	xii
<i>QILLQAPA PISHIYACHIYNIN</i>	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del Problema	12
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	13
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.4. OBJETIVOS.....	14
1.4.1. General	14
1.4.2. Específicos.....	15
1.5. DELIMITACIÓN	15
1.5.1. Espacial	15
1.5.2. Temporal.....	16
1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS	16
1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue.....	16
1.6.2. De acuerdo con el diseño de la investigación	17
1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan.....	18
1.7. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS	18
1.8. MÉTODOS	19
1.8.1. General	19

1.8.2. Específicos.....	20
1.9. TÉCNICA.....	22
1.9.1. Revisión sistemática	22
1.9.2. Observación Documental	23
1.10. INSTRUMENTOS	24
1.10.1. Tablas guía de revisión sistemática.....	24
1.10.2. Hoja guía de observación documental	25
1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA	25
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN	25
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	29
2.1. Aspectos <i>ius</i> filosóficos del tema	29
2.1.1. La construcción de la postura <i>iusfilosófica</i> de la tesis a partir de la revisión de los planteamientos clásicos de la teoría del derecho...29	
2.1.2. Dimensión material del derecho como presupuesto para el reconocimiento plural y dinámico de sus instituciones.....45	
2.1.3. Derecho y cambio social, una justificación de la dinamicidad y contingencia del derecho a partir de los discursos.....56	
2.2. Teorías relativas al tema de investigación.....	66
2.2.1. El universalismo, el relativismo y su relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales desde una perspectiva material...66	
2.2.2. El resultado de la pretensión de universalidad del convencionalismo sobre el contenido material de los derechos fundamentales77	
2.2.3. La teoría del Estado remozada por los planteamientos del pluralismo jurídico y su influencia en la constitución material88	

2.2.4. Otro reajuste en la comprensión del poder constituyente como titular de la decisión política fundamental	103
2.2.5. El reajuste del contenido Constitución material como fundamento de la juridicidad de la moral positiva o social	108
2.2.6. Marco normativo	112
CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS	120
3.1. DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS	120
3.1.1. La obligación de verificar el desarrollo de la moral positiva como presupuesto ontológico para la construcción de la moral crítica en cada dimensión del Derecho.....	120
3.1.2. La admisión de la relatividad que acompaña al contenido de los derechos fundamentales causada por la adecuación de su contenido a la dinámica constituyente que acompaña a la constitución viva y material	131
3.1.3. El respeto de la función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones	147
3.2. PROPUESTA <i>IUSFILOSÓFICA</i> Y TEÓRICA QUE DELIMITA LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL FIJAR EL CONTENIDO MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..	148
3.2.1. Obligación del Tribunal de verificar la moral positiva antes de fijar el contenido esencial de los derechos fundamentales.....	148
3.2.2. La obligación del Tribunal de tener en cuenta el contenido material de los derechos fundamentales, derivado de la dinámica constitucional	153

3.2.3. La obligación del Tribunal de respetar las disposiciones del constituyente permanente y de la constitución material como producto de la interacción de los elementos del Estado	157
CONCLUSIONES	163
RECOMENDACIONES	164
LISTA DE REFERENCIAS.....	165

RESUMEN

La preocupación por la naturaleza y el contenido de los derechos fundamentales es vasta, al igual que la preocupación por las actuaciones que pueden llevarse a cabo respecto de tales derechos; bajo este entendido, el principal propósito de la investigación es identificar el fundamento *iusfilosófico* que delimita el contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional; para cumplirlo, se ha estructurado una investigación básica, con rasgos teóricos y *iusfilosóficos*, con alcance explicativo y uso de métodos y técnicas cualitativos; respecto de esto último, la técnica para el recojo de información utilizada es la revisión sistemática de fuentes, ya sea primarias o secundarias; el método de estudio argumentativo, como método específico y el analítico como método general. Los resultados demostrados, han sido los siguientes: Existe una obligación de verificar el desarrollo de la moral positiva como presupuesto ontológico para la construcción de la moral crítica en cada dimensión del Derecho; es menester admitir la relatividad que acompaña al contenido de los derechos fundamentales causada por la adecuación de su contenido a la dinámica constituyente que acompaña a la constitución viva y material; es necesario reafirmar el respeto de la función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional, dentro de estos al Tribunal Constitucional, que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones.

Palabras clave: Teoría del Estado; Teoría de los Derechos Fundamentales; Tribunal Constitucional, contenido material de los derechos fundamentales.

QILLQAPA PISHIYACHIYNIN

Llakina riqsishqa kashqanpaq alli kaq manku kawsaykuna riqsichikuq chiqankunata atuch'aqmi, kay tapukushqapa kaqpi, llakim ruranakunapaq atin apayllapatapis kay rimashqata riqsishqa allin kaq kawsay chiqankunata, atun pullam; kay yach'ashqawan, qapaq yuyay ruranata tapunamanta riqsichiyta manku iusfilusufiku shaywa rikana yach'anata kaqninta matiryal alli kaq kawsay kaqkunam riqsichikuq chiqankunata ch'anintashina riqsichinanpaq Triwunal Kunstitusyunalmanta; aypanapaq, ch'urakashqam suq tapuna qallarinata, imashinam yach'ayninkunawan iusfilosóficospis, riqsina aypanawan rurayninta yach'ayñantapis tukuy yach'ay ruranakunapismi; kay kaqpaqmi, tukuy yach'ay ruranata tantanapaq willakuyta chiqachan rurashqawan rikana kawsaq mankukunata, suq ñawpa yach'ana kaqkunata ichu ishka yach'ana kaqkunata; yach'ayñanmi yuyana rikachina allin. Lluqshishqa rikanakunam, kaykuna kashqa: kanmi suq shinchin alli rikanapaq wiñayninta tukuy allin shumaq ch'aninshinata untulujiku ch'uranapaq shumaq allin kunakuyta tukuy rimaypi Allin kaq kawsaypi; rurana ch'askiyta yach'ay kawsayninkuna yapachakuq kaqninta allin kaq kawsaykuna riqsichikuq chiqankunata imashina allichashqapaq yach'ay kaqninta kushi qawch'u kamashqam yapachan rurana kawsay yach'akaqta matiryalpismi; allimi ari niriyta rurayninta rimana riqsichinanta yapachanmi tukuy tantakashqa ichu tantakashqa ruray kamachinata, kay Triwunal Kunstitusyunalmanta, shinchinmi kushi kananpaq rurananta tantachin allin rurayninkunapata.

Rimaykunapa riqsinan: *Istadupa Unanchan; allin kaq manku kawsaykuna riqsichikuq chiqankunata unanchan; Triwunal Kunstitusyunal, matiryal kaqninta allin kaq manku kawsaykuna riqsichikuq chiqankunata.*

ABSTRACT

The concern about the nature and content of fundamental rights is vast and the concern about the actions that can be carried out concerning such rights, is equally greater; Under this understanding, the main purpose of the investigation is to identify the iusphilosophical foundation that delimits the material content of fundamental rights as a presupposition for their recognition by the Constitutional Court; To fulfill it, a basic investigation has been structured, with theoretical and legal-philosophical features, with an explanatory scope and the use of qualitative methods and techniques; regarding the latter, the technique for collecting information used is the systematic review of sources, either primary or secondary; the argumentative study method, as a specific method and the analytical method as a general method. The demonstrated results have been the following: There is an obligation to verify the development of positive morality as an ontological presupposition for the construction of critical morality in each dimension of Law; it is necessary to admit the relativity that accompanies the content of fundamental rights caused by the adequacy of its content to the constituent dynamics that accompanies the living and material constitution; it is necessary to reaffirm respect for the function of representation that accompanies any constitutional body or agency, within these the Constitutional Court, which requires taking into account the constituent dynamics in the performance of its functions.

Keywords: *Theory of the State; Theory of the fundamental rights; Constitutional Court, the material content of fundamental rights.*

INTRODUCCIÓN

La Constitución y el Estado constituyen dos de los constructos más importantes que se han establecido como parte de la historia política y jurídica de la organización humana; estos, desde el punto de vista del investigador, pueden ser identificados como dos dimensiones de una misma producción, la del poder constituyente, que es el producto de la interacción constante de los elementos del Estado, es decir, el pueblo, el poder soberano, la cultura y el territorio, como fundadores de un orden político con existencia y evolución permanente como es el Estado, y su hermana gemela, la Constitución, cuya producción, existencia y evolución son también permanentes.

De ahí la importancia de que los organismos autónomos del poder constituido, se desenvuelvan siempre teniendo en cuenta las prescripciones del constituyente, pero no de cualquier constituyente, no de aquel momento excepcional que se presenta como una reacción de la población para romper un antiguo régimen e instituir otro, sino, de aquel constituyente que se presenta constantemente a manera de moral positiva dentro de cualquier sociedad en un momento dado, en un territorio determinado y con una o varias culturas alfareras.

Ese es el propósito de reflexión de esta investigación, con tonos *iusfiolológicos* y teóricos, pero con implicancias dogmáticas y fácticas en cuanto pretende delimitar la actuación de uno de esos organismos autónomos hacia los lineamientos ya impuestos por la propia teoría del Estado y que, parecen haber sido olvidados al momento de materializar sus funciones; en este sentido, la investigación busca el fundamento *iusfilosófico* que delimita el contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por

parte del Tribunal Constitucional; propósito que ha sido ensayado en función a los siguientes capítulos.

En el capítulo primero, correspondiente a los aspectos metodológicos, se ha estructurado un marco, según el cual, se ha estructurado una investigación básica, con rasgos teóricos y *iusfilosóficos*; esto, debido a que lo que se pretende es la construcción de mayor conocimiento en materia de teoría de la constitución, teoría del Estado, así como, en cuanto a la teoría de los derechos fundamentales y la influencia de estos elementos en las facultades del Tribunal Constitucional; lo que determina un alcance o diseño explicativo de la investigación.

Para tales efectos, el recojo de la información que se ha presentado en el primer capítulo, ha requerido del uso de métodos y técnicas cualitativos, como ocurre con la revisión sistemática de fuentes, ya sea primarias o secundarias, que ha servido para la revisión de fuentes referidas a las discusiones *iusfilosóficas* sobre la naturaleza del derecho en general y de los derechos fundamentales, en particular; así como, la teoría del derecho, la teoría de la constitución, la teoría de los derechos humanos y fundamentales, así como la doctrina, normatividad y jurisprudencia concernientes al Tribunal Constitucional; con ello, se ha utilizado el método de estudio dogmático y el argumentativo, como métodos específicos para la comprensión e interpretación de la información y, el método analítico, como método general eficiente para el mismo fin.

En el segundo capítulo, denominado marco teórico, se ha volcado de manera descriptiva y, en ocasiones, crítica, la información obtenida en virtud de la técnica de la revisión sistemática; presentándose así, los aspectos *iusfilosóficos* del tema y, dentro de estos, la construcción de la postura *iusfilosófica* de la tesis a

partir de la revisión de los planteamientos clásicos de la teoría del derecho, la dimensión material del derecho como presupuesto para el reconocimiento plural y dinámico de sus instituciones y la relación del derecho y el cambio social para una justificación de la dinamicidad y contingencia del derecho a partir de los discursos.

En segundo lugar, las teorías relativas al tema de investigación, tales como el universalismo, el relativismo y su relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales desde una perspectiva material, el resultado de la pretensión de universalidad del convencionalismo sobre el contenido material de los derechos fundamentales, la teoría del Estado remozada por los planteamientos del pluralismo jurídico y su influencia en la constitución material, el reajuste en la comprensión del poder constituyente como titular de la decisión política fundamental, el reajuste del contenido Constitución material como fundamento de la juridicidad de la moral positiva o social y los límites a la función interpretativa del Tribunal Constitucional a la hora de establecer el contenido de los derechos fundamentales, o de declarar un derecho como fundamental; finalmente, el marco normativo del tema en investigación, comenzando por la constitución, específicamente en lo establecido en los artículos 201 y 202, pasando por la ley orgánica del Tribunal Constitucional a efectos de tener claras las funciones que le han sido encomendadas.

En el tercer y último capítulo, correspondiente a la demostración de hipótesis, se obtuvo como resultado que existe una obligación de verificar el desarrollo de la moral positiva como presupuesto ontológico para la construcción de la moral crítica en cada dimensión del Derecho; es menester admitir la relatividad que

acompaña al contenido de los derechos fundamentales causada por la adecuación de su contenido a la dinámica constituyente que acompaña a la constitución viva y material; es necesario reafirmar el respeto de la función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional, dentro de estos al Tribunal Constitucional, que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones. Luego de lo cual, se presentan las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

La referencia al Estado Constitucional de Derecho aparece como necesaria en el derecho contemporáneo, dada la multiplicidad de concepciones y usos prácticos que se ha dado tanto al Estado Derecho como imperio de la ley, como, al propio Estado Constitucional como un derivado de la mera moral sin rasgo jurídico alguno.

Dos de las diversas y diferentes definiciones ofrecidas al respecto, muchas de las cuales se contradicen y, lejos de aclarar el panorama en cuanto de este constructo, generan la impresión de referirse a instituciones distintas (Baratta, 1977).

Con esto, la disertación sobre los valores o principios supremos del Estado Constitucional de Derecho, así como, sobre su contenido y aceptación, también se torna necesaria, teniendo en cuenta el peligro o acierto que representa para el orden social y para la construcción estatal misma, la comprensión que se asuma de aquellos.

Dado que, aquella comprensión muchas veces depende de las distintas ideologías que se instauran en un lugar y momento determinados, con pretensión de extenderse, así como de las

diferentes metodologías y estrategias definitorias que se utilicen, o en muchos otros factores coyunturales (Bustamante Alarcón, 2018).

Para los efectos de la presente investigación, la concepción de Estado de Derecho asumida y utilizada, se refiere al sentido prescriptivo y no al descriptivo (Peces Barba, 1995); vale decir, la comprensión de este tipo de Estado, como aquel en el que existe imperio de la Ley, tanto para la designación y ejercicio de los poderes públicos, como para el establecimiento de los procedimientos y contenidos que les sirven de límite.

Es de señalar entonces que, la finalidad con la que fue ideado por el liberalismo del siglo XVIII y que se le encargó al parlamento como organismo público que condensaba la voluntad popular, limitando al ejecutivo a la sola aplicación de la ley y al judicial a constituirse como “su boca”; lo que genera una democracia absoluta y, por tanto, muy poca diferencia con el Estado Absolutista (Ávila Santamaría, 2009).

Para diferenciarlo del Estado Constitucional de Derecho, que no involucra el imperio de la ley, que tan arbitrario puede resultar, como de hecho resultó, por ejemplo en la Alemania Nazi, la España de la FET y las JONS, o cualquier otro régimen totalitario que se valió de una concepción propia e intrincada de derecho para imponer sus ideologías en pro de sus intereses propios.

Sin embargo, lo señalado supone que el “calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y

privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese” (Zagrebel'sky, 2013, p. 2).

De ahí que se haya dado validez material a la necesidad de contar con un Estado Constitucional de Derecho, como aquel en que el contenido de la ley depende de los principios constitucionales, así como la estructura del propio Estado y las funciones encomendadas a los organismos públicos (Ávila Santamaría, 2009).

Tipo de Estado en el que “todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2003, p. 14); principios que, teóricamente, son forjados por la acción constituyente del pueblo, tal y como ocurre o debería ocurrir con el contenido de los derechos fundamentales.

Lo que torna al Estado de Derecho en un Estado Constitucional de Derecho; puesto que, la sola invocación al Derecho puede, como de hecho lo fue, ser confundida con un imperio irracional de la ley, lindando, incluso, con la lesión de valores fundamentales ante la prevalencia de las imposiciones legales.

Al respecto, la construcción del Derecho, cualquiera de sus extremos, ya sea el valorativo, el normativo o el fáctico (Reale, 2002), a pesar de que prescriptivamente ha sido escindida de la constatación material, es decir, “sin que necesariamente tenga una plasmación en la realidad” (Bustamante Alarcón, 2018, p. 24);

materialmente, no puede ser construída sin tener en cuenta la cultura, las concepciones y las necesidades del constituyente.

Es decir, en todas aquellas distorsiones que históricamente se han presentado del Estado de Derecho, lejos de favorecerse los derechos fundamentales de los integrantes de la población y lejos de limitarse el abuso de poder, se ha simulado el reconocimiento de derechos fundamentales cuyos contenidos han sido eficientes únicamente para favorecer a las oligarquías o los ocasionales detentadores de poder que han enredado la finalidad tanto del Estado como del Derecho.

De esta manera, la primera intención de la investigación consiste en la revisión e identificación del constructo *iusfilosófico* que sienta las bases fundantes para la determinación funcional y dogmática de los derechos fundamentales en el contexto del Estado Constitucional de Derecho; finalidad que exige el análisis y reevaluación de la postura iusfilosófica que ha de asumirse sobre el contenido y naturaleza del derecho, así como, respecto del contenido de los propios derechos fundamentales (Barranco, 2009) y de su contenido frente a los derechos humanos que mucha implicancia tienen con la concepción de Estado antes planteada (Herrero de Egaña Pérez, 2014).

De igual manera, resulta necesario también definir los elementos que componen la teoría del contenido material de los derechos fundamentales, haciendo una revisión analítica del desarrollo que, de manera muy difusa ha presentado a los largo de la historia

jurídica, como el componente cultural que le sirve de base a la dinámica constituyente del Estado y, por lo tanto, de la Constitución (Haberle, 2003).

Para esto, es necesario repasar la comprensión del universalismo que se pretende con la figura de los derechos humanos y el relativismo que se le opone y podría ser relacionado con la teoría de los derechos fundamentales (Boco y Bulanikian, 2010).

Esto, en relación con la proscripción del racionalismo naturalista (Bidart Campos, 1993), el paso por el positivismo incluyente (Hart H. A., 1978) y la llegada a la tridimensionalidad del derecho (Reale, 2002), que abre la puerta para la concepción pluralista del mismo (Rengifo Castañeda, Wong Jaramillo y Gregorio Posada, 2013).

Con lo dicho, debe verificarse que el estudio de los derechos fundamentales no estuvo siempre relacionado con el estudio del Derecho Constitucional, pues al comienzo del constitucionalismo la discusión teórica se centraba en la organización estatal como fuente para la protección de derechos, pero las Constituciones eran meramente declarativas, debido a la inestabilidad que este concepto y su ejercicio atravesaban en el tránsito del *ancien régime* al Estado Liberal (López Pina, 2007).

Es así que, el desarrollo y evolución de la teoría del Estado verificó la necesidad de constitucionalizar a los derechos fundamentales con la proyección de hacerlos vinculantes tanto para los gobernantes como para los gobernados, no obstante, dicha inclusión como parte

del texto constitucional y del ordenamiento jurídico positivo no significó únicamente la posibilidad de que sean aplicados de manera directa e inmediata, pues propició que “estos queden sujetos al destino de la Constitución y pasen a ser así modificables y limitables (incluso por el legislador ordinario)” (Parejo Alfonso, 1981, p. 169).

Es precisamente esta posibilidad de limitarlos con la que cuenta no solo el constituyente sino también algunos de los organismos del poder constituido, tales como el Congreso o Poder Legislativo y el Tribunal Constitucional al delimitar su contenido, la que ha llevado al desarrollo de la teoría de la existencia de un contenido material de los mismos que se instituye como una garantía del respeto y tutela de los propios ciudadanos por el hecho infranqueable de ser humanos.

Por tanto, esta conjugación del contenido de los derechos fundamentales los mantiene como facultades que le asisten a los seres humanos, pero también como obligaciones de tutela para los organismos del gobierno, así mismo, como límites a sus actuaciones.

En ese sentido, es menester guardar consciencia de que cuentan con un contenido esencial infranqueable que ha de ser protegido; por tal razón, la delimitación de este debe estar encargada al órgano especializado en asuntos constitucionales como es el Tribunal Constitucional.

Pues bien, en la gran mayoría de ocasiones, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho es establecido por el Tribunal Constitucional; a raíz de este acontecimiento, el máximo intérprete de la Constitución ha establecido los contenidos protegidos constitucionalmente de algunos derechos.

La construcción doctrinaria acerca del contenido del Tribunal Constitucional no ha iniciado en la época contemporánea, tal y como se define en el siguiente párrafo, sino que es el producto de diversas proposiciones desde la época de la ilustración y posrevolución, en Francia, hasta la asunción del positivismo acérrimo en Austria.

No obstante, su configuración siempre estuvo orientada hacia la implementación de un organismo que controle el respeto de los principios y derechos fundamentales, ya sea que se encuentren contenidos en las primerísimas declaraciones o en las contemporáneas constituciones.

Dicho órgano, tuvo su primera formulación en el siglo XVIII con la propuesta del abate Emmanuel Siéyès, en el contexto del novísimo Estado Liberal post Revolución Francesa que propugnaba la libertad, igualdad y fraternidad como valores fundamentales y la protección de los derechos humanos como mecanismo de freno del poder absoluto; sin embargo, no tuvo éxito, debido al temor imperante en la época de la posibilidad de volver al *ancien regime* en el que un solo órgano concentraba al poder absoluto (González Casanova, 1983).

No se conoció nueva formulación hasta el siglo XX, en que, la Constitución austriaca incluyó en su redacción al “Tribunal Constitucional («Verfassungsgerichtshof»), (...) que (...) en cuanto órgano garante de la supremacía de la Constitución (...) se erige en defensor de la misma frente a posibles extralimitaciones de los poderes legislativo y ejecutivo” (Faber, 2008, p. 49).

Conformándose, entonces, la primera regulación normativa de la posibilidad de realizar el control concentrado de la Constitución¹; más de un siglo después de que el Derecho estadounidense introdujese la *judicial review*², en la Constitución Austriaca de 1920 (Palomino Manchego, 2017).

Sin embargo, este primer aporte, desde el aspecto positivo normativo, ha generado múltiples propuestas en diversos ordenamientos jurídicos de tradición europeo continental (Martínez Estay, 2005) y luego las Constituciones de países de Latinoamérica adoptaron esta forma, como es el caso peruano, con la Constitución de 1979 que creó por primera vez el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 296).

Este primer reconocimiento a nivel nacional, pensado desde la perspectiva de las garantías constitucionales, como un organismo revisor y cauteloso de la supremacía constitucional, ha ido

¹Denominado así, debido a que la potestad de llevar a cabo dicho control recae únicamente en un organismo autónomo, que es diferente a los órganos del Poder Judicial, cuya autonomía no puede ser lesionada, salvo, en virtud de la aplicación del *check and balances*.

²Potestad de los órganos de la judicatura ordinaria de controlar la sujeción de las normas infra constitucionales a la Constitución mediante su inaplicación; es decir, llevar a cabo el control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

evolucionando en el propio sistema peruano que, en la Constitución peruana de 1993, en su artículo 201, define al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución, con autonomía e independencia (Congreso Constituyente Democrático, 1993); a partir de lo que, el mencionado órgano se conformó como uno de aquellos que gozan de autonomía e igualdad jerárquica como parte del poder constituido.

Su desarrollo a nivel legal está regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³, que define al Tribunal Constitucional como un órgano supremo de interpretación y control de la Constitucionalidad, autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales, que se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica (2004).

Es en virtud de esta última potestad que se encarga de definir el contenido esencial de los derechos fundamentales, de conformidad con lo regulado en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú, es decir el principio de supremacía de la constitución; dicha actuación se puede verificar en la jurisprudencia generada por este órgano en los diferentes procesos ante él ventilados, algunos de los cuales dan cuenta de una problemática relativa a tal actividad.

Un primer caso jurisprudencial que denota la mencionada problemática es el Precedente Vinculante dictado en el Caso

³ Ley Nº 28301, publicada el 23 de julio de 2004 (Congreso de la República), en cuyo artículo 1, concordado con el artículo 1 del Reglamento normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución Administrativa Nº 095-2004-P/TC.

Huatuco Huatuco⁴, en el que los magistrados del Tribunal Constitucional realizaron la interpretación de los alcances del derecho al trabajo en la administración pública, de carácter constitucional, a partir de una norma legal (Caso Beatriz Huatuco Huatuco, 2015), interpretación que contraviene al referido artículo 51 del texto constitucional, principio de supremacía constitucional, según el cual, las normas con rango *infra* constitucional deben ser interpretadas de conformidad con las prescripciones constitucionales y no al revés.

Otro expediente en el que se observa una decisión controvertida es el caso en que 5000 ciudadanos iniciaron un proceso de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley N.º 28705⁵, en el que Tribunal Constitucional deja de reconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad del que gozan los fumadores argumentando asuntos de salud pública porque existe la eventualidad de que se presente una pandemia de fumadores en el futuro.

Un tercer caso problemático es el suscitado en el proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057⁶, en el que se estudió la constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios, justificándose la disminución o diferenciación de determinados elementos del contenido del derecho al trabajo, solo a

⁴ Expediente N° 5057-2013-PA/TC.

⁵ Expediente N° 00032-2010-PI/TC, publicada el 19 de julio de 2011.

⁶ Expediente N° 00002-2010-AI/TC, publicada el 31 de agosto de 2010.

nivel de administración pública, basado en motivos de interés público, restando el derecho de determinado grupo de trabajadores y estableciendo diferencias donde no las hay.

Por otro lado, está la inestabilidad que causa con la variación de sus propias decisiones, tal y como se verifica en el cambio del criterio inicial planteado en el caso Salazar Yarlenque⁷, en el que se le dio la facultad de control difuso a los órganos colegiados y tribunales administrativos; para pasar a un nuevo criterio en el caso de Consorcio Requena⁸, en el que el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante antes dicho y quitó tal facultad a los órganos de la administración pública antes dichos, con una justificación, nuevamente, contraria a la propia Constitución.

Recuérdese que el poder que ostenta cada Estado puede ser catalogado como poder constituyente, en tanto fluye de la población, y poder constituido, en tanto es ejercido por los organismos del gobierno en forma de función de representación; precisión necesaria para comprender que la naturaleza del Tribunal Constitucional, sea o no denominado supremo intérprete de la Constitución, sigue siendo la de un organismo del poder constituido, de ninguna manera puede irrogarse facultades de poder constituyente pues, de lo contrario, quebrantaría las estructuras dogmáticas preestablecidas y conquistadas por la sociedad y se correría el riesgo de alcanzar un

⁷ Expediente N° 03741-2004-PA/TC, publicado el 14 de noviembre de 2004.

⁸ Expediente N° 04293-2012-PA/TC, publicado el 14 de abril de 2014.

totalitarismo centrado en su figura en abierto retroceso hacia la etapa del *ancien régime* también reseñado en el marco teórico.

1.1.2. Descripción del Problema

Con lo dicho en el acápite anterior, puede evidenciarse como primer extremo del problema, la falta de identificación del constructo *iusfilosófico* que sienta las bases para la determinación funcional y dogmática de los derechos fundamentales en el contexto del Estado Constitucional de Derecho; lo que se agrava, debido a que no existe una definición clara y debidamente estructurada de los elementos que componen la teoría del contenido material de los derechos fundamentales, motivo por el cual, es menester emprender esta tarea a partir del enfrentamiento de posturas relativas al reconocimiento de los derechos fundamentales.

Así, finalmente con el trabajo descriptivo antes descrito, se pretende realizar una investigación explicativa para suplir la omisión de presupuestos teóricos que delimiten la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional como razón que subyace al reconocimiento del contenido material de los derechos fundamentales; proponiéndose como tales aquellos que no han sido tenidos en cuenta por este organismo, tales como la obligación de verificar el desarrollo de la moral positiva como presupuesto ontológico para la construcción de la moral crítica en cada dimensión del Derecho.

La admisión de la relatividad que acompaña al contenido de los derechos fundamentales causada por la adecuación de su contenido

a la dinámica constituyente que acompaña a la constitución viva y material y el respeto de la función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos *iusfilosóficos* y teóricos que delimitan el contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Todo jurista, para llevar a cabo el tratamiento de cualquier institución o figura jurídica, tiene la obligación de respetar el contenido del Derecho que, aunque resulta muy controvertido, cuenta con diferentes propuestas filosóficas o teóricas, mismas que al ser asumidas en un determinado sistema jurídico determinan los límites que se le imprime a cada una de dichas instituciones o figuras.

La investigación presentada, tiene como principal tarea establecer esa alineación teórica y filosófica que ha de presentarse como sustento de las actuaciones del Tribunal Constitucional en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales, en función a los planteamientos de la Teoría del Estado y la Teoría de los Derechos Fundamentales, elementos objetivos a partir de los que se ha implementado la discusión *iusfilosófica* de los alcances de tales actuaciones normativo-jurisdiccionales.

Esto con la finalidad de dotar a la discusión constitucional de un elemento nuevo de consideración para la comprensión del organismo constituido denominado Tribunal Constitucional, logrando establecer o generar consciencia respecto de los propios límites con los que debe contar y que no deben responder a auto imposiciones, sino a prescripciones del Constituyente, éste visto desde su perspectiva material y no con las formalidades impuestas por la teoría del Derecho.

Tal alcance sirve no solamente a la discusión teórica del Derecho, sino su ámbito aplicativo en el sistema jurídico peruano y, eventualmente, en otros sistemas que compartan principios fundamentales con el nuestro.

Asimismo, sirve para la revisión de la labor que lleva a cabo el Tribunal Constitucional bajo la lupa de la academia, pues, si bien es cierto la jurisprudencia es una fuente muy importante para el derecho positivo, las discusiones teóricas son las que dan la pauta a seguir en asuntos de derecho, en sus diversas dimensiones, no solamente en la positiva.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Identificar los fundamentos *iustificativos* y teóricos que delimitan el contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional.

1.4.2. Específicos

- A. Identificar el constructo iusfilosófico que sienta las bases para la determinación funcional y dogmática de los derechos fundamentales en el contexto del Estado Constitucional de Derecho.
- B. Definir los elementos que componen la teoría del contenido material de los derechos fundamentales a partir del enfrentamiento de posturas relativas al reconocimiento de los derechos fundamentales.
- C. Identificar los presupuestos teóricos que delimitan la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional como razón que subyace al reconocimiento del contenido material de los derechos fundamentales.
- D. Elaborar la propuesta que contenga los fundamentos *iusfilosóficos* y teóricos que delimitan el contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

Este tipo de investigación, que es básica teórica y que aplica técnicas y métodos de análisis teórico, presenta ámbito espacial implícito pues discute las teorías acerca de una potestad del Tribunal

Constitucional, lo que lleva a estudiar la figura de manera comparativa y también en su ámbito de regulación constitucional.

1.5.2. Temporal

Este tipo de investigación presenta ámbito temporal implícito pues discute las teorías acerca de una potestad del Tribunal Constitucional, lo que lleva a estudiar la figura de manera evolutiva y también en su periodo de vigencia desde la última reforma constitucional.

1.6. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue

De acuerdo con el fin que se persigue, la presente investigación es de carácter básica cuya finalidad es “mejorar el conocimiento *per se*, más que generar resultados o tecnologías que beneficien a la sociedad en un futuro inmediato” (Tam, Vera y Oliveros, 2008, p. 146); es decir, la discusión que se generó ha sido producto de la revisión sistemática de fuentes teóricas y dogmáticas, por lo que la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales a través de la revisión de su contenido material ha sido realizada respecto de las discusiones *iusfilosóficas* y la fundamentación a nivel de teorías, principios y normas existentes.

1.6.2. De acuerdo con el diseño de la investigación

De acuerdo con el diseño de la investigación, el nivel o alcance que tiene la investigación es explicativo; el investigador es consciente de que este tipo de investigación ha sido pensada para las ciencias naturales en cuanto “busca la asociación y correlación entre variables. No establece relaciones causales. El objetivo y/o hipótesis y las variables postulan **“relaciones” probabilísticas**” (Rojas Cairampoma, 2015, p. 7).

Sin embargo, dado que las investigaciones jurídicas no cuentan estrictamente con variables y, tampoco se buscan obtener generalidades en virtud de las relaciones encontradas en una muestra determinada, se ha desarrollado una aplicación extensiva de este tipo de investigación a fin de conseguir utilizar las relaciones probabilísticas como un presupuesto de discusión dogmática.

Pues se hace necesario desarrollar dogmáticamente la institución del Tribunal Constitucional a fin de encontrar la consistencia entre sus funciones y la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales; para finalmente formular los elementos que componen una teoría material del contenido material de los derechos fundamentales como presupuestos para su reconocimiento por el Tribunal; disminuyendo la subjetividad en tal tarea.

1.6.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

El enfoque de la investigación es el cualitativo puesto que el análisis a realizar en el presente caso se centró en contenidos, naturaleza, alcances, elementos, y características de las figuras del Tribunal Constitucional y el contenido esencial de los derechos fundamentales; sin someterlos a ninguna tabulación o consideración numérica.

La revisión sistemática realizada es *over view*, puesto que, para el desarrollo de un estudio de esta naturaleza, es la *iusfilosofía* la que interviene para la construcción de los nuevos contenidos axiológicos requeridos para la fijación del contenido de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional.

1.7. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Los fundamentos *iusfilosóficos* y teóricos que delimitan el contenido material de los derechos fundamentales como presupuesto para su reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, son: a) La obligación de verificar el desarrollo de la moral positiva como presupuesto ontológico para la construcción de la moral crítica en cada dimensión del Derecho. b) La admisión de la relatividad que acompaña al contenido de los derechos fundamentales causada por la adecuación de su contenido a la dinámica constituyente que acompaña a la constitución viva y material. c) El respeto de la función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones.

1.8. MÉTODOS

1.8.1. General

A. Método deductivo

El método deductivo ayuda al investigador a trazar un procedimiento ordenado para la ejecución ordenada y sistematizada de los actos de investigación a partir de la formulación de una hipótesis de investigación que cuenta con componentes determinados, mismos que han de ser contrastados o demostrados mediante la obtención de resultados basados en las generalidades preestablecidas (Klimovsky, 1971).

Este es precisamente el trabajo desarrollado en la presente investigación, que se ha valido de las construcciones generales y admitidas por las posturas *iusfilosóficas* y teóricas previas, para aplicar a la situación específica de la determinación del contenido de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional; a partir de los cual, se ha ensayado una propuesta también general para delimitar tal actuación.

B. Método de análisis – síntesis

Este método ha sido utilizado para el estudio específico de la figura del contenido esencial de los derechos fundamentales, pues, se ha buscado descomponer su contenido y sus elementos mínimos, cada una de sus tipologías y, a su vez, los

componentes y finalidades de éstas (Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto, 2017, pp. 8-9); con ello, se ha podido diferenciar cada una de sus finalidades y correlacionar estas con las finalidades del derecho constitucional, los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional mismo, de lo que se ha desprendido la posibilidad de construir un contenido material de la constitución, el poder constituyente y de los propios derechos fundamentales.

1.8.2. Específicos

A. Dogmático jurídico constitucional

La dogmática, trasplantada al campo jurídico y, mucho más, al campo constitucional, se erige como el instrumento metodológico que permite dotar al derecho (entendido no como ordenamiento jurídico, sino como hecho, valor y norma) de coherencia interna, sistematizando los contenidos, naturalezas, elementos y finalidades de las figuras e instituciones jurídico-constitucionales (Alexy, 1998, p. 140); así, no se trata solo de ordenar reglas, sino de identificar la norma de inspiración que subyace a disposiciones normativas y principios, revelando su unidad y otorgando un marco estable para su aplicación.

Este método, que inicialmente encontró su mayor desarrollo en el ámbito penal, ha sobrepasado esos confines y se ha consolidado con solvencia en la rama constitucional; con esto, la dogmática ha mutado del mero estudio de disposiciones normativas penales, hacia el cumplimiento de una función

reconstructiva, pues a partir de los textos normativos, los valores jurídicos y de la praxis interpretativa, reconstruye el sistema interno de los derechos fundamentales y de las instituciones que aseguran su eficacia.

El aporte es decisivo, dado que, al sistematizar las diversas manifestaciones de los derechos, evita que su comprensión quede librada a aproximaciones dispersas o a criterios coyunturales, y garantiza una interpretación que respete la coherencia constitucional que subyace a todo sistema jurídico constitucional.

La dogmática constitucional, así entendida, no actúa en soledad, se apoya en otros métodos generales, como el análisis y la síntesis, que permiten descomponer críticamente los contenidos normativos para luego rearticularlos en una visión integral; así, la dogmática no solo describe ni comenta normas, sino que construye el andamiaje teórico que asegura su comprensión en clave de sistema.

En la práctica, esto supone que los derechos fundamentales y las instituciones de tutela, como las garantías constitucionales, el proceso constitucional, la defensoría o la jurisdicción constitucional, entre otros, no se conciben como piezas aisladas, sino como partes interdependientes de un diseño jurídico cuya finalidad última es asegurar la dignidad humana y la vigencia del Estado constitucional de derecho.

B. Argumentativo

El método argumentativo, toma elementos de la teoría de la argumentación jurídica para aplicarlos en el ámbito de investigación, a efectos de lograr realizar una justificación interna y una justificación externa del propósito que se tiene al ejecutar tal investigación.

En este sentido, es muy importante tener en cuenta que, antes de propiciar la creación de una nueva estructura jurídica o de un nuevo sistema jurídico, debe construirse un contexto de justificación que implica la interpretación de uno o varios textos jurídicos, ya sean estos normativos, doctrinarios o jurisprudenciales, establecer sus contenidos y elementos y, con base en estos, desarrollar las razones para la nueva construcción a partir del razonamiento jurídico y los valores y valoraciones del sistema jurídico.

Con lo que, se sientan las bases para el nuevo dogma o sistema a plantear (Huerta Ochoa, 2015, pp. 386 y 387); actuación final que se ha tenido en la presente investigación para constgruir un contenido material de los derechos fundamentales.

1.9. TÉCNICA

1.9.1. Revisión sistemática de fuentes

La revisión sistemática de fuentes ha cumplido un papel decisivo en la investigación, pues no se limitó a un repaso bibliográfico aislado,

sino que constituyó un proceso ordenado y crítico para seleccionar, clasificar y correlacionar los documentos pertinentes a la teoría del Estado y al desarrollo de los derechos fundamentales.

Se aplicó un enfoque de *overview cualitativo*, que permitió extraer de las fuentes primarias y secundarias, sean normas nacionales e internacionales, doctrina o jurisprudencia, los elementos convergentes y divergentes que marcan los límites de actuación del Tribunal Constitucional.

Este procedimiento ha sido útil no solo para identificar los contenidos normativos y teóricos, sino también para reconstruir las bases dogmáticas y axiológicas de los derechos fundamentales; todo esto, a través de la revisión sistemática que logró integrar perspectivas *iusfilosóficas*, normativas y jurisprudenciales, evitando la dispersión de criterios y construyendo un mapa conceptual sólido desde el cual fue posible contrastar la hipótesis.

En síntesis, la técnica de revisión sistemática operó como el medio que permitió dotar de rigurosidad, coherencia y exhaustividad a la investigación, asegurando que los resultados no fueran meras opiniones, sino el producto de una lectura comparada y ordenada de las principales fuentes relevantes al problema de estudio.

1.9.2. Observación Documental

Tanto el repaso de la evolución de las figuras mencionadas como la construcción de sus nuevos contenidos, alcances y finalidades, requieren de una exhaustiva revisión documental y la posterior

correlación, análisis y síntesis de sus contenidos; por tal motivo, la técnica adecuada para llevar a cabo el trabajo es la observación documental que tiene como finalidad ejecutar una revisión sistemática cualitativa de los componentes de la pregunta y de la hipótesis a fin de determinar la posibilidad de justificar una dimensión material de los derechos fundamentales como límite a las actuaciones del Tribunal Constitucional.

1.10. INSTRUMENTOS

1.10.1. Tablas guía de revisión sistemática

En estas tablas se ha identificado de manera ordenada la fuente, la cita y el extracto de los documentos objeto de revisión sistemática, de acuerdo con cada objetivo específico planteado en la investigación; cabe aclarar que este instrumento metodológico no se elaboró de forma manual ni aislada, sino que se valió de medios informáticos y herramientas digitales transversales, principalmente el paquete Office (Microsoft Word y Excel), que permitieron sistematizar la información de manera clara, homogénea y verificable.

El uso de hojas de cálculo permitió clasificar y cruzar categorías de fuente normativa, doctrinal o jurisprudencial; cita textual; extracto relevante; objetivo vinculado, mientras que los procesadores de texto facilitaron la redacción y actualización continua de los contenidos; estas herramientas, combinadas con recursos de gestión digital, ofrecieron un soporte técnico que

aseguró la trazabilidad de cada referencia y la coherencia de los análisis.

De este modo, las tablas guía no solo constituyeron un repositorio ordenado de información, sino que se consolidaron como un instrumento transversal que integró lo normativo, lo doctrinal y lo jurisprudencial bajo un mismo formato, optimizando el rigor y la eficiencia en la revisión sistemática.

1.10.2. Hoja guía de observación documental

La hoja guía de observación documental ha sido utilizada para la aplicación de la técnica de análisis documental que buscó describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación.

1.11. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

Dado el tipo de investigación, que es básica, explicativo propositiva y cualitativa, así como, debido a las técnicas e instrumentos de recojo de datos y los métodos para su interpretación; no es posible contar con unidad de análisis, universo y muestra.

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Ingresados los parámetros de búsqueda que conjugan a la Teoría del Estado, al contenido material de los derechos fundamentales y al Tribunal Constitucional, tanto en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI), administrado por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), como en el motor de búsqueda ALICIA

del CONCYTEC, no se han obtenido resultados positivos; es decir, no existen trabajos de investigación en los que se hayan desarrollado de manera conjunta estos tres aspectos.

Con el objeto de reforzar esta constatación, la búsqueda se amplió a otros bancos de datos regionales e internacionales. En SciELO y RedALyC, repositorios de producción científica de América Latina y la Península Ibérica, se encontraron artículos que de manera aislada tratan el reconocimiento de derechos fundamentales o el rol del Tribunal Constitucional, pero ninguno que vincule sistemáticamente dichos contenidos con la Teoría del Estado ni que articule la problemática a través de hipótesis similares a las que guían la presente tesis.

De igual modo, en el portal CLACSO (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales), se revisaron colecciones temáticas de derecho constitucional y filosofía política, encontrándose documentos sobre derechos humanos y Estado de derecho, pero sin desarrollar el problema específico planteado.

La búsqueda se amplió a repositorios internacionales de mayor cobertura. En Google Scholar, con el uso de descriptores en inglés y en castellano, los resultados fueron parciales y sin conexión con la delimitación del contenido material de los derechos fundamentales; también en ProQuest Dissertations & Theses Global y en WorldCat Dissertations and Theses, que concentran tesis de maestría y doctorado a nivel global, los trabajos hallados abordan bien sea la Teoría del Estado desde una perspectiva politológica, o bien el Tribunal Constitucional desde el análisis procesal, pero sin integrar ambos elementos ni plantear hipótesis semejantes.

Finalmente, en repositorios universitarios de prestigio como Harvard DASH, Oxford ORA y Cambridge Apollo, así como en bases especializadas en derecho como HeinOnline y EBSCOhost, se observó un panorama similar: abundan los estudios sobre derechos fundamentales y sobre tribunales constitucionales o sus equivalentes, pero ninguno que combine explícitamente la Teoría del Estado con la delimitación del contenido material de los derechos fundamentales en clave jurisprudencial.

En consecuencia, el ejercicio de búsqueda sistemática en bases nacionales, regionales e internacionales permite sostener con fundamento que no existen trabajos previos que aborden el problema de investigación desde la óptica propuesta en esta tesis, ni que compartan sus componentes de pregunta ni sus hipótesis; este hecho confirma la originalidad y aportación académica de la investigación, que se ubica en un espacio inexplorado y de alta relevancia para la dogmática constitucional peruana.

Motor / Repositorio	Palabras clave utilizadas	Resultados obtenidos	Coincidencia con la investigación
RENATI – SUNEDU	“Teoría del Estado + derechos fundamentales + Tribunal Constitucional”	0 tesis	No se encontraron trabajos con los tres componentes integrados.
ALICIA – CONCYTEC	“Contenido material de los derechos fundamentales + Tribunal Constitucional”	0 resultados	Sin coincidencias completas; solo artículos parciales sobre derechos fundamentales.
SciELO	“Fundamental rights + Constitutional Court + State theory”	Artículos sobre derechos humanos y TC, pero sin vínculo con Teoría del Estado	Coincidencia parcial.
RedALyC	“Derechos fundamentales + Teoría del Estado”	Ensayos politológicos y jurídicos	No desarrollan la delimitación material de derechos en jurisprudencia.
CLACSO	“Estado de derecho + Tribunal Constitucional”	Documentos generales sobre derechos humanos	Coincidencia nula con la hipótesis planteada.

Google Scholar	"State theory + material content of fundamental rights + Constitutional Court"	Resultados dispersos, sin enfoque sistemático	Coincidencia parcial.
ProQuest Dissertations & Theses	"Fundamental rights + Constitutional Court + State theory"	Tesis sobre TC o sobre derechos humanos aislados	No existe investigación que articule los tres elementos.
WorldCat Dissertations & Theses	"Teoría del Estado + derechos fundamentales + Tribunal Constitucional"	Trabajos comparativos sobre sistemas constitucionales	Coincidencia parcial, sin réplica del problema planteado.
Repositorios universitarios (Harvard, Oxford, Cambridge)	"Fundamental rights + Constitutional Court"	Papers sobre doctrina y casos comparados	Coincidencia parcial, sin articular con la Teoría del Estado.
HeinOnline	"Fundamental rights + Constitutional adjudication"	Artículos de derecho constitucional comparado	Sin coincidencia con los componentes hipotéticos de la tesis.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Aspectos *ius* filosóficos del tema

2.1.1. La construcción de la postura *iusfilosófica* de la tesis a partir de la revisión de los planteamientos clásicos de la teoría del derecho

La investigación ejecutada ha cimentado sus bases a partir de la reflexión filosófica y, no por ello, ha dejado de ser científica, es más, teniendo en cuenta que la “curiosidad, la búsqueda de la verdad, el afán por el conocimiento y la tendencia a construir una visión del mundo amplia y fiable subyacen tanto a la ciencia como a la filosofía” (Mosterín, 2013, p. 6), las propuestas formuladas en el presente documento, parten de esta interacción para determinar el conocimiento del contenido otorgado al término derecho, y luego, trazar líneas coherentes hacia las facultades interpretativas del Tribunal Constitucional.

Como un paréntesis, en cuanto a la búsqueda de la verdad se refiere, cabe realizar algunas puntualizaciones acerca de la concepción que se tiene de la verdad, aunque es en el siguiente ítem en el que se ahondará sobre esto, es menester señalar que en el caso del derecho como ciencia, no es posible referirse a la verdad como el resultado de la percepción objetiva que tiene el sujeto del objeto de observación, como pretende dejarse sentado en las ciencias naturales, sino que, dicha verdad es dinámica, evolutiva, permanente en tanto no sea modificada por esa propia dinamicidad.

De vuelta a la importancia de la filosofía como fundamento de la ciencia, es de tenerse en cuenta que una “ciencia ayuna de filosofía corre el riesgo de quedar reducida a técnicas y rutinas desabridas y de corto vuelo” (Mosterín, 2013, p. 6), como se ha pretendido en antiguas épocas respecto de los estudios jurídicos, que se veían reducidos a meros procedimientos de recolección de información, en apariencia objetiva, que poco o nada aportaba a la respuesta que significa un valor jurídico hacia las necesidades de una sociedad determinada, en constante evolución.

De allí que, la presente investigación busca fundamentos *iusfilosóficos* para delimitar el contenido material de los derechos fundamentales en la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional; puesto que en el caso de la identificación del contenido de los valores jurídicos fundamentales, la filosofía toma un lugar preponderante, pero teniendo en cuenta que esta nunca ha estado distanciada de la realidad que constituye la materia prima para la reflexión.

Así, la filosofía ha de ser vista como es, “rigurosa, ambiciosa y plenamente integrada en la actividad intelectual de la época que nos ha tocado vivir, es decir, una filosofía que asimile y someta a crítica epistemológica y análisis conceptual los resultados de la investigación científica” (Mosterín, 2013, p. 6).

La discusión filosófica sobre el contenido del derecho que servirá de fundamento para el desarrollo de futuros contenidos como la teoría

del estado y su relación con la constitución, así como, la construcción subyacente que supone la presentación de los elementos del Estado, la teoría de la representación, la importancia del poder constituyente, y la finalidad de los organismos autónomos del gobierno; toma su punto de partida en la discusión acerca de la objetividad de los juicios morales que le sirven de germen al derecho.

Empero, dicha objetividad de juicios morales, requiere de un repaso previo por los planteamientos de la más antigua postura planteada respecto a la naturaleza del derecho, el denominado “derecho natural – o conjunto de normas jurídicas naturales – que está constituido por *prescripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia*. Estas prescripciones son parte de la llamada ley natural” (Hervada, 2011, p. 138) o norma jurídica natural que se instaura como una de las dimensiones de la normatividad natural que presenta la vida humana.

Vale decir, el *iusnaturalismo* como doctrina que postula la existencia de un derecho natural que constiene, a su vez, a una ley natural; presupone que en la vida humana existen leyes naturales de las cuales se extraen las leyes jurídicas naturales; por lo que no las entiende como una teoría, sino como el resultado de una constatación fáctica, las leyes naturales, entonces, “la llamada teoría o doctrina de la ley natural no es otra cosa que la explicación científica de ese hecho de experiencia, que es un dato natural del hombre” (Hervada, 2011, p. 139).

Para el *iusnaturalismo*, estas leyes naturales son el resultado de una razón conjunta de la especie humana, es decir que “todos los hombres de todas las épocas” hemos conseguido alcanzar leyes universales que se desprenden de la propia naturaleza de los seres humanos, así, “con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad”, es posible desprender un hecho de experiencia o varios que componen juicios de valor que determinan lo que debe o no hacerse, es decir, juicios deónticos que son la base para los juicios de estimación que diferencian lo bueno de lo malo (Hervada, 2011, pp. 139-140).

De ahí que se relacionan las posturas *iusnaturalistas* con la idea de moral, puesto que, al relacionarse los juicios deónticos con juicios de valor, el origen de las normas naturales parece alejarse de consideraciones jurídicas para instalarse en consideraciones éticas; consideraciones de justicia política natural que, según se pretende sostener, “tienen en todas partes la misma fuerza y no están sujetas al parecer humano” y se diferencian de la justicia política legal (Aristóteles, 1985, 1134b-20, p. 254).

Esta formulación, a pesar de ser tan antigua, no ha dejado de ser el meollo de la justificación del derecho natural, es más, se asegura que de ninguna manera existe o debe existir un derecho natural y un derecho legal, sino que, “el derecho es una “unidad”, compuesta por un elemento natural, y otro positivo” (Vásquez, 2011, p. 66); empero, la sola admisión de que concurren normas naturales pre existentes a

los acuerdos de los seres humanos de lo que se considera o no correcto en una época determinada, resulta sumamente inadmisibles para la presente investigación.

Esto debido a que, lo que un grupo de seres humanos conciben o pueden concebir como correcto o incorrecto, bueno o malo, justo o injusto, y, en este sentido, natural, depende del razonamiento del propio grupo y de las preconcepciones que este grupo haya formado en determinado espacio y tiempo; a lo sumo, puede ser naturalizado, pero nunca será posible conocer objetivamente si se trata de un derecho natural; tan es así que, en la propia época de Aristóteles, la esclavitud era entendida como natural.

De ahí que la presente investigación se acerca más al *iusnaturalismo* empirista, contractualista cuyos inicios se lo debemos al Leviatán de Thomas Hobbes (Massini Correas, 2016) que nos presenta una suerte de simbiosis entre una nascente teoría del pacto social, que reconoce la capacidad del hombre para ejercer su libertad pero dentro de los límites que posee como súbdito (Hobbes, 2017), a través del reconocimiento de la necesidad de asociarse para conformar un Estado Civil cuyas determinaciones frenen la condición natural del género humano que se encuentra determinada por la desconfianza que lleva al constante estado de guerra (Hobbes, 2017).

Es decir, Hobbes desarrolla categorías *iusnaturalistas* como la propia naturaleza de desconfianza del hombre que lo hace ser el lobo del hombre y mantenerse en constante estado de guerra, de la cual se

desprenden leyes naturales y leyes de la naturaleza, como la justicia o la libertad, que obligan en consciencia siempre (Hobbes, 2017), de ahí que se vincule con el naturalismo clásico.

Pero reconoce que para que estas leyes sean respetadas hace falta la generación de un Estado que podría ser constituido por la fuerza natural o por actos de guerra, pero que, preferentemente debe presentarse “cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en confianza de ser protegidos por ellos contra todos los demás” (Hobbes, 2017, p. 145), idea naciente que servirá de fundamento posteriormente al positivismo.

Vale decir, no existe una escisión completa entre los postulados *iusnaturalistas* y lo *iuspositivistas*, existen posturas fundamentales que son compartidas, como es el caso del consensualismo, ya sea visto como pacto o como contrato, empero, existen extremos que pueden o no ser admitidos, como por ejemplo, la pretensión de universalidad que presenta el *iusnaturalismo* de lo que denomina leyes naturales o leyes de la naturaleza que, no son más que el producto del consenso de los hombres respecto de lo que consideran o no admisible como contenido del derecho en una época y lugar determinados; postura que es abiertamente contraria al naturalismo.

Ahora, como puede tenerse de los planteamientos de Hobbes, dicho acuerdo entre hombres surge materialmente, de manera previa a la creación de un Estado, en eso radica la postura naturalista de que es

la moral del grupo humano la que le sirve de pilar a la construcción del Estado, con este al Derecho mismo; lo que es negado por el positivismo que pretende ser más objetivo y limitar la producción y actuación jurídica a los órganos de gobierno.

De ahí que resulte necesario conocer planteamientos como el propuesto por John Mackie (1990), cuya teoría del escepticismo moral presenta una preocupación que apunta hacia la crítica de la objetividad de los valores morales que, de conformidad con la postura de la presente investigación, son la base para la construcción de los valores jurídicos; esto debido a que, a pesar de lo que pretende el positivismo al separar el derecho de la moral, es innegable que el derecho constituye un reflejo de los valores desarrollados en la sociedad a través de su moral positiva.

Vale decir, el vértice del ordenamiento jurídico, que, según Kelsen (2009) estaba integrado por la constitución como una norma fundamental, presupuesta como válida, ulterior, meta-constitucional, creada por un constituyente; empero, esta norma no es en realidad presupuesta, sino que se trata de una norma puesta por un poder de hecho *extra ordinem* (Guastini, 2011), poder que es ejercido factualmente por los ciudadanos en el caso del derecho constitucional y por los Estados y organizaciones internacionales en el caso del derecho internacional, pero que, en ambos casos, involucran la verificación de una moral positiva y la utilización del discurso dominante para construir la norma denominada fundamental.

Así, los tipos de comportamientos a los que se atribuyen valores o disvalores morales son parte de los entes, sucesos u objetos del mundo, así como, son parte de este mundo las diferencias naturales y descriptivas entre dichos entes, sucesos u objetos; sin embargo, no podría decirse lo mismo de sus diferencias de valor, porque estas dependen de la percepción de quien evalúa y traza la línea entre lo que puede ser considerado bueno o malo, correcto o incorrecto, amable o cruel, por ello, *“the present issue is with regard to the objectivity of those natural, factual, differences on the basis of which different values are assigned”* (Mackie, 1990, pp. 16 y 17).

Ante esta última problemática planteada que discute la objetividad real que mantiene un valor moral construido por la subjetividad de los seres humanos y considera imposible y falso que los juicios morales por estos esbozados puedan ser objetivos; dado que es precisamente *“that there is a relatively clear-cut issue about the objectivity of moral values which is in danger of being lost among the complications of meaning”* (Mackie, 1990, p. 18).

Pues, si se convirtiera en una regla general la postura egoísta de la búsqueda de la felicidad, bajo cualquier medio; es decir, si esta tuviese una pretensión de objetividad y universalidad:

If the egoist claimed that it was objectively rational, or obligatory upon him, to seek his own happiness, a similar argument about the irrelevance of the fact that he is would lead only to the conclusion that it was objectively rational or obligatory for each other person to seek his own happiness, that is, to a universalized form of egoism, not to the refutation of egoism. And of course opposed to the

objectivity of goodness, would yield only the same result.
(Mackie, 1990, p. 21)

Podría, incluso, desarrollarse un discurso adecuado que justifique la validez de tal pretensión y, con ello, podría convertirse en el contenido de un derecho fundamental, la búsqueda de la felicidad, con un contenido que se arguya objetivo por el hecho de alcanzar convencionalidad con la existencia del Estado y a través de las actuaciones representativas del gobierno; esta fue la postura del positivismo, postura que no debe ser repetida, pero tampoco satinizada.

En el entendido de que, como personas racionales, también es posible discutir la corrección de una u otra postura a fin de socializarla; mejor dicho, con el propósito de obtener la percepción de la sociedad, la cual se encuentra en constante construcción de valores que, junto con las conquistas dogmáticas ya alcanzadas por el derecho, pueden dar lugar al desarrollo de una moral crítica capaz de admitir o rechazar las nuevas propuestas. Se trata de un tipo de moral que influye en el reconocimiento de valores jurídico-constitucionales.

De esta pretensión de objetividad del positivismo, se obtuvo la inicial diferenciación o separabilidad entre la moral y el derecho, desdeñando el alcance de aquella hacia meras creencias o comportamientos que se desenvuelven dentro de la sociedad, sin ninguna implicancia o fuerza jurídica; de ahí que, cuando Austin acuñó la expresión de moral positiva, lo hizo para acusar al derecho constitucional, de un derecho no jurídico (Austin, 2009, p. 259) por

nacer directamente del pueblo, de sus vivencias, sin atravesar por el *iter legislativo* que el positivismo consideraba necesario para el nacimiento del derecho.

Curiosamente, dicha característica, de la moral positiva o moral social, que se conforma por un “conjunto de valores efectivamente vividos por una sociedad o grupo, en un lugar y tiempo determinados” (Cajica Lozada, 2000, p. 124), es precisamente la que, a la luz del constitucionalismo actual, le otorga el carácter jurídico a la constitución y al Estado, pues, se trata de un principio constitucional actual, la supremacía de la norma constitucional, motivo por el cual, todo ordenamiento jurídico debe ser construido a la luz de sus valores y principios.

En este sentido, al ser la Constitución el resultado de la interacción de los cuatro elementos del Estado —un pueblo política y jurídicamente organizado que ejerce su poder constituyente en un territorio determinado y conforme a su propia cultura—, resulta correcto afirmar que dicha construcción constitucional no puede permanecer ajena a aquel conjunto de valores efectivamente vividos por el pueblo en el momento constituyente, ni edificarse prescindiendo de ellos.

Precisamente, este último puede ser reconocido como moral crítica o moral ideal; esto es, aquel momento en que el ejercicio del poder constituyente del pueblo erige un Estado y una Constitución, estableciendo “aquellas pautas o criterios morales que, sin ser positivos, sirven para criticar morales positivas o valores expresados

por el derecho u otros sistemas normativos” (Cajica Lozada, 2000, p. 124), pero con fines esencialmente constructivos, o, mejor dicho, reconstructivos.

De esta forma, se puede trazar una línea de distinción entre lo que señalaba el derecho positivo clásico, por el que tanto la moral positiva o social como la moral crítica o ideal no juegan ningún papel en la definición del derecho (Hart H. L., 1998, p. 230); dado que los “juicios morales, políticos y estéticos, dependen en gran medida de emociones, sentimientos y gustos y por lo tanto no están sujetos al control racional (...) dependen de factores emocionales no son susceptibles de ser verdaderos o falsos” (Bulygin, 2009, pp. 89-90).

Con ello, para el positivismo clásico, excluyente, la moral en general, así como, la moral positiva o social y la moral crítica, no jugaban papel alguno en la construcción del Derecho; debido a que este gozaba de una construcción autónoma, que dependía de procedimientos rigurosos que se valían de la lógica y el formalismo para lograr independencia de la moral entendida como vaga que se desplegaba en la sociedad.

Características que, para el derecho positivo son en extremo imprecisas y, por tanto, atentan contra la seguridad jurídica y la objetividad que se quería para el ordenamiento jurídico; no obstante, ya vueltos a la realidad, no existe un sistema jurídico que no se encuentre imbuido por valores subjetivos que adquieren objetividad al ser consensuados por los integrantes de la sociedad, ya sea mediante

su moral positiva o crítica; precisamente, los juicios políticos a los que desprecia el positivismo, son los que dan inicio a la construcción del Estado y, por tanto, de la constitución misma, cúspide de cualquier sistema jurídico.

Ha de quedar sentado en este punto, que no es una pretensión de la tesis sentar postura acerca de si el derecho y la moral mantienen o no una conexión necesaria, puesto que esta encarnizada cuestión fue ya debatida por Hart (1998), quien desconoce al valor justicia influencia alguna sobre el derecho por tener su contenido una estructura compleja.

De ahí que este no sea justo o injusto, como sí puede serlo su aplicación en cada caso particular que se encuentra respaldada no por principios de justicia, sino por principios jurídicos previamente concordados que hayan determinado de manera objetiva las características del ser humano que ameriten un trato diferenciado sin que deje de ser equitativo; esta objetividad es lo que distancia al derecho de la moral, puesto que esta última puede variar a menudo en función al enfoque de una persona o sociedad determinada (pp. 196-202).

Y Dworkin (1989) para quien la moral no se reduce únicamente a la justicia, y esta, no implica únicamente la constatación de equidad o la reducción a la constatación de lo que se considera justo o injusto; así como, el derecho no puede verse simplificado en una fórmula contractual que se produce dentro de la sociedad para decidir sobre

un principio de justicia; sino que apoya la existencia de una teoría basada en derechos naturales, no como un concepto metafísico, sino como derechos morales surgidos de la reclamación al gobierno de que “se tome los derechos en serio, que se siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa” (pp. 260-279).

Recuérdese que en la propuesta de Mackie (1990) no es posible la existencia de valores objetivos, lo que hace que los juicios morales sean todos falsos (p.35); en el planteamiento inicial de Hart (1982) puede identificarse una negación de la existencia de razones morales externas u objetivas, en sentido similar a lo planteado por Mackie, argumentando que la aceptación de las reglas o normas jurídicas no necesariamente implica una aceptación moral, puesto que lo que se busca es cumplir con los enunciados de deber o las razones para la acción contenidas en dichas normas objetivas que existen independientemente de su motivación subjetiva (pp. 266-267).

Sin embargo, este planteamiento originario, cercano al positivismo excluyente, fue variando en los planteamientos de Hart (1986), quien admite la idea de razones internas o subjetivas pero no al momento de crear disposiciones normativas, sino al momento de interpretar el derecho, que es la manera como se crean disposiciones en el *common law*; al admitir esto, lleva a la tesis de que la actuación de las personas depende de sus deseos o motivaciones subjetivas (p. 50).

Ello lleva a la doctrina impuesta por este autor a portas del positivismo incluyente, mismo que admite la moral como un ingrediente ocasional del derecho, que no puede imponer fórmulas absolutamente generales a manera de razones trascendentes objetivas para definir lo que la buena vida debe ser; sino que, tales fórmulas a ser recogidas por el derecho, se encuentran definidas por lo que los hombres entienden como buena vida, a las que estos esten dispuestos a dar la bienvenida y, dado que no todos los hombres comparten los mismos valores culturales, políticos y religiosos, dichas generalizaciones de contenido se presentarán únicamente en donde y cuando han de ser admitidas (Hart, 1978, p. 38).

Postura última que resulta favorable a la propuesta a ser desarrollada como colofón de la presente investigación, si bien, desde una mirada mucho más sectorizada del derecho, no por ello, desprovista de los planteamientos generales que a este acompañan, como el hecho de que la moral definitivamente sí influye en la construcción del derecho, cual fuese el procedimiento seguido para ello, no de manera permanente, pero sí para lograr que las concepciones establecidas subjetiva-objetivamente por la sociedad, sean aseguradas por las disposiciones jurídicas.

Ahora, esta no es una tarea simple y automática, sino que requiere de un ejercicio que lleva a despolvar las figuras de la moral positiva o social y de la moral crítica, pero enlazada con la idea de constitución y Estado, así como de población y el ejercicio de su poder

constituyente; dado que la manera en que fueron desarrollados por el positivismo respondía a una concepción distinta del derecho.

Ha de quedar sentado en este punto que, la postura de la presente tesis es, tal vez, ecuménica, encunto desconoce encarnizadamente la existencia de normas que se desprenden de la naturaleza y que únicamente deben ser recogidas por el ordenamiento jurídico, pero admite la influencia de la moral en el derecho, aunque no una moral natural, suprema y preexistente como pretende Dworkin (1989); sino una moral nacida del consenso, precisamente de aquella interacción del pueblo ejerciendo un poder soberano en un territorio determinado de conformidad con su propia cultura, lo que se acerca al convencionalismo positivista pero incluyente.

Esto sirve para negar abiertamente la pretensión de universalidad que tienen, por ejemplo, los derechos humanos, en tanto se desprenden de la propia naturaleza del ser humano, para favorecer una universalización pensada y creada por acuerdo de voluntades; lo que, no deja de ser relativo y depende del sometimiento o no de dicha voluntad a lo que la mayoría considera correcto; de ahí que se desprende la idea de derechos fundamentales producto del pluralismo jurídico que reconoce las autonomías dentro de una mancomunidad estatal y propugna su respeto (Haberle, 2003).

Pero además, es consciente de la existencia de múltiples prácticas materiales sustentadas en concepciones o cosmovisiones autónomas que hacen del derecho un ejercicio material, fáctico, tanto para su

creación como para su admisión en un sistema y su correspondiente aplicación; de allí que, el pluralismo jurídico no niega los postulados admitidos por esta investigación tanto del naturalismo como del positivismo, pero es consciente de que estos no son los únicos, sino que existen autonomías dentro de la población que requieren y, de hecho, presentan, construcciones jurídicas independientes (Griffiths, 2007, p. 153) desprovistas de la sola mirada del derecho occidental.

Postura que, junto con la mirada del positivismo incluyente, le sirven de base a la investigación para la construcción de una teoría de positivismo incluyente renovada que involucre la actuación material permanente de la población en la construcción de su moral positiva y, con ella, de una constitución material.

Cabe resaltar que la moral positiva es el resumen de las concepciones, usos, costumbres, tradiciones y vivencias que se presentan dentro de una comunidad, mismas que determinan sus contenidos o valores sociales, patentes de convertirse en valores jurídico – constitucionales, una vez que hayan sido sometidos a moral crítica y hayan sido contrastados con los valores jurídicos previamente conquistados.

Ahora, es cierto que históricamente se ha presentado mucho más apego por la generalización del derecho y la identificación de contenidos y procedimientos excluyentes como jurídicos, así como, el rechazo o, por lo menos, la problematización respecto de la conveniencia o no de “la individualización de los sistemas jurídicos”,

desdeñando la concepción deliberativa del mismo, para abrir paso a la concepción pluralista (Nino, 1993, p. 45); sin embargo, los argumentos que se esgrimen en contra del pluralismo, identifica el contenido de la democracia con lo que prefiere la mayoría; empero, ello no es del todo exacto, puesto que, el respeto de los intereses de las minorías y su inclusión en el halo deliberativo, también implican un actuar democrático.

Mismo que es el producto del cambio social, pero también el resultado del mismo, en relación con la forma en el que se ejerce el poder y el discurso que dicho ejercicio propicia y admite. De allí el carácter dinámico del derecho, de la relación entre los grupos de poder, la elaboración de discursos que propician un cambio social y, la admisión o no de las necesidades de los grupos marginados como punto en agenda.

2.1.2. Dimensión material del derecho como presupuesto para el reconocimiento plural y dinámico de sus instituciones

Son diversos y muy variados los planteamientos *iusfilosóficos*, teóricos y dogmáticos que ensayan un contenido del derecho, aquellos que lo entienden como un mero recopilador de los preceptos originados por causa de la naturaleza humana; otros que lo entienden como un conjunto de procedimientos formales para su creación, así como, la creación misma; otros que sustentan la muerte del legislador en materia de creación del derecho y conciben su nacimiento a partir de la interpretación judicial; así como, otros que consideran a las

convenciones materiales suscitadas en cada grupo autónomo como derecho, independientemente de si su soporte sea formal o material.

Cada forma de comprensión del derecho, ha influido en la estructura interna que se le otorga, pero también en el lugar que se le pretende adjudicar dentro de la estructura social, como parte del control social formal, tradicionalmente hablando en los sistemas de raigambre europea continental; aunque, de manera contemporánea, se tiene noticia de su carácter material, fáctico o real en diversos grupos o pueblos autónomos, de cuya estructura social es posible identificar prácticas que pueden ser entendidas como derecho.

Así, la comprensión del contenido del derecho no se encuentra exenta de la dicotomía entre racionalidad formal y racionalidad material que presentase Max Weber (1974) en la primera mitad del siglo pasado desde la platea de la economía; en el primer caso, la racionalidad formal es meramente técnica, de cálculo, procedimental e instrumental y se mide en términos de eficacia; en el segundo caso, la racionalidad material apunta a los fines, no a los instrumentos, involucra el conocimiento sustancial del objeto y el desarrollo de valores a efectos de lograr la distribución de los bienes naturales (p. 64).

Desde el ámbito jurídico, la racionalidad formal suele ser relacionada con la postura del derecho formal, aquella que pretende reconocer su autonomía con el establecimiento de procedimientos y disposiciones que cobran formalidad por el hecho de haber sido producidos a través

de un *iter* legislativo, con rigurosidad y exclusión de otros valores que, por más sustanciales que parezcan, no hayan sido forjados por el poder del Estado convertido en un gobierno.

De esta forma, el derecho expresado desde la perspectiva de la racionalidad formal es un derecho acabado, completo, independiente de cualquier valoración moral o expresión materialmente comprobable y, por tanto, deóntico, vinculante para la totalidad de la población; es decir, aquella interacción entre el pueblo y el estado es eliminada para favorecer la autonomía y exclusividad del gobierno como productor del derecho.

Al respecto, esta mirada estática del derecho ha sido enfrentada de múltiples formas, haciendo uso de diversos planteamientos, tal es el caso del modelo evolutivo que identifica tres estados del derecho, uno represivo, otro autónomo y, finalmente, uno responsivo; respecto de este último, se trata de aquel que surge cuando existe una crisis del sistema formal instaurado, lo que implica una respuesta que fomenta y consigue el cambio de sistema hacia una nueva forma de derecho en la que se combinan finalismo y participación (Nonet y Selznick, 2001).

Desde esta perspectiva, el derecho responsivo es consciente de que el derecho en sí *“as part of the cultural product of man is inseparable from the historical aspects of man himself. The development and dynamics of law always follow the development and needs of increasingly complex human beings”* (Ibnu Asa, Munir y Murti Ningsih,

2021, p. 97); es decir, es el resultado del carácter evolutivo de la sociedad, de la interacción histórica de sus individuos y de la identificación de las necesidades que dicha evolución genera, de allí su cualidad de respuesta.

El derecho responsivo, entonces, es una llamada de atención para los operadores jurídicos y para los juristas en general, una exhortación destinada a la comprensión del derecho ya no solamente desde una apariencia formal, sino desde una catadura material; ello debido a que *“the law is not merely a textual law but the law must also be contextual by putting forward aspects of substantive justice. The law was created for man, not man, who must then be subjected to the law”* (Ibnu Asa, Munir y Murti Ningsih, 2021, p. 97) como la mayoría de operadores jurídicos parecen creer hoy.

Aquel pensamiento del siglo XVII, por el que el juez o cualquier otro operador jurídico es solo la boca de la ley, así como, aquel endiosamiento del legislador y las disposiciones legales, va dejándose paulatinamente de lado o, por lo menos, se ha visto disminuido por el reconocimiento de un derecho vivo, atento a las necesidades de la sociedad y a la resolución de casos concretos con primacía de la tutela de derechos fundamentales por encima del respeto irrestricto de las formalidades. *“This means that responsive law is an attempt to resuscitate people who have been indoctrinated by overly positivistic laws, where they at least eliminate the substantive aspects of the law itself”* (Ibnu Asa, Munir y Murti Ningsih, 2021, p. 98).

De ahí que se apuntala al derecho como un fenómeno dinámico y contingente, puesto que “la forma de racionalidad que adopta (...) es solo una contingencia que impide hoy en día, en virtud de su propia forma, centralizadora y universalizante, la posibilidad de dar respuesta a los conflictos que presentan (...) las sociedades occidentales” (Morales de Setién Rabina, 2005, p. 18), a pesar de presentarse como un constructo con intención de permanencia en el tiempo, es el propio campo social, en un espacio y tiempo determinado, con un grupo y cultura determinados, lo que termina por admitir o dejar de lado los discursos planteados como moral positiva, cernidos por la moral crítica y, finalmente, admitidos como derecho.

Ahora, la definición del campo social ha sido ya esbozada dentro de las ciencias sociales y jurídicas, en tanto se lo comprende como aquel “espacio social específico” en el que se presentan un “conjunto de relaciones o un sistema de posiciones sociales que se definen las unas en relación a las otras” (García Inda, 2001, p. 15).

Se trata de un espacio social específico, debido a que cada espacio social cuenta con características propias muy marcadas y, dentro de este se desenvuelven costumbres, usos, concepciones y culturas determinadas y diferenciables de otros espacios sociales; así, las relaciones que se gestan dentro de estos, así como, el sistema de posiciones sociales que se conforme, influyen en la comprensión, contenido y creación de su propio derecho.

Debe tenerse en cuenta que, la denominación de campo social fue alcanzada por Bourdieu y Wacquant (1992), prefiriéndola sobre otros términos como sistema o aparato social, debido a que en los campos es posible observar agentes de diverso tipo, como personas naturales, personas jurídicas, entidades, organizaciones, entre otros que se encuentran en permanente disputa por “apropiarse de productos específicos (...), de acuerdo con las regularidades y reglas constitutivas de ese espacio de juego (...) con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por tanto, con muy diversas probabilidades de éxito” (p. 102).

Definición que alcanza transversalmente a cualquier área que se desarrolle dentro de las ciencias sociales, también al derecho que, mucho más que otras ciencias y áreas de la sociedad, ha sido el producto de la imposición de determinados grupos de poder que, dado su nivel de fuerza, han tenido éxito en la definición del discurso que ha de ser aceptado dentro de aquel espacio de juego específico que constituye el campo social.

La representación que estos autores presentan del campo social es bastante interesante porque recoge las diversas ocurrencias que suelen presentarse en cualquier espacio social determinado, ya sea que nos estemos refiriendo a las sociedades occidentalizadas o no; por ejemplo, presentan como elementos que caracterizan a cada campo social, a los siguientes:

1. Ser un espacio limitado.
2. Ser un espacio de lucha.

3. Ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas.
4. Presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan.
5. Ser un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual. (Morales de Setién Rabina, 2005, p. 62)

Elementos que, al ser desempolvados en la discusión *iusfilosófica* respecto de la función del derecho, denotan su capacidad de respuesta cuando las regularidades de conducta y reglas aceptadas ya no se den abasto para sustentar un discurso jurídico; esto debido a que es menester que el derecho se adapte a las “distintas necesidades de la sociedad dinámica por la que adquiere su sentido y, sin embargo, a lo largo de la historia se han presentado momentos en los que su estructura interna ha permanecido inamovible frente a las demandas externas” (Morales de Setién Rabina, 2005, p. 18), lo que ha justificado aquel momento de crisis coyuntural por el que tales regularidades de conducta y reglas son cuestionadas.

No obstante, si bien la postura de la tesis guarda relación con la denominada rematerialización del derecho, por la cual “el derecho racional material se elabora para la consecución de fines específicos en situaciones concretas” motivo por el cual “tiende a ser más general y abierto, y al mismo tiempo más particularista, que el derecho formal clásico” (Bourdieu y Teubner, 2005, p. 85); la mirada que se adopta de tal materialismo se orienta a las bases mismas de la construcción del Estado, vale decir, identifica como titular del poder soberano al pueblo y, como tal, el único con la capacidad para decidir la estructura

y contenidos del derecho, así como los procedimientos para su aplicación.

La legitimación del derecho, entonces, se relaciona directamente de su capacidad para atender las demandas sociales, lo que depende tanto de su estructura interna, como de su posibilidad de insertarse en la estructura social dentro de la cual se desenvuelve; en tal sentido, mal se hace al creer que los formalismos son los que le otorgan validez, cerrando los ojos a su naturaleza social, a su eterna conexión con la dinámica de la sociedad misma que se expresa en su moral positiva o social y que hace patente su carácter material.

Lo que deja vigente la propuesta de que el derecho es autónomo pero desde una “nueva perspectiva funcionalista que defiende a un mismo tiempo, de forma aparentemente paradójica, la apertura y la clausura del derecho, lo que podríamos llamar “autonomía para la dependencia”” (Morales de Setién Rabina, 2005, p. 21); pues, dentro de la dinámica de cualquier sociedad, es posible observarse la existencia de una población que ejerce un poder soberano, dentro de un territorio determinado y en un momento determinado.

Empero, este ejercicio determina también un momento constituyente en el que se fijan contenidos jurídicos que, al formar parte de la constitución material, cobran autonomía y rigen para la ordenación de las conductas de los individuos que pertenecen a dicha población; sin embargo, a la vez, tales contenidos dependen de cualquier otro ejercicio de poder suscitado por esa misma población.

De ahí que es posible sustentar que dichos contenidos jurídicos que dotan del sustancia y estructura al derecho mismo en determinada sociedad, cumple con algunas funciones generales en pro de la población, como ocurre con la dotación de certeza y seguridad jurídica por un periodo indefinido, en tanto no se presente una nueva necesidad de cambio; dentro de este período, la posibilidad de otorgar soluciones consensuadas a los conflictos jurídicos, incertidumbres jurídicas o lesiones de derecho; lo que lleva a la potestad última para organizar, legitimar y restringir el poder político vigente durante dicho período (Recasens Siches, 1973, p. 113).

El derecho, en consecuencia, se alimenta de las necesidades sociales para gestar medios que coadyuven con la atención oportuna de las mismas; pero dichos medios no se restringen a la mera elaboración de disposiciones normativas, sino que, involucran el conocimiento de las concepciones previas con las que cuenta la población, es decir su cultura, misma que ineludiblemente sirve de base para la construcción de los valores o contenidos jurídicos, del sistema normativo que de estos se desprenden, así como, de la aplicación misma a través de su interpretación.

De esta manera, “es verdad que en Derecho deben encarnar valores superiores, como el de la justicia, el reconocimiento de la dignidad personal de los individuos, las libertades básicas de éstos, el bienestar general o el bien común, etc.” (Recasens Siches, 1973, p. 113), dado que estos propios valores implican su a la vez su

justificación y contenido fundamental; en tanto se han conformado con las conquistas que la propia evolución del derecho ha proporcionado a lo largo de su construcción.

No obstante, estos valores no son los únicos elementos a tener en cuenta o no constituyen la única dimensión del derecho, como tampoco los son las disposiciones normativas que atraviesan por el *iter* legislativo ideado por el positivismo; sino que, es menester tener siempre presente que el derecho “es gestado bajo el estímulo de unas necesidades que se dan perentoriamente en la vida social, entre ellas: la urgencia de certeza y seguridad, y, al mismo tiempo, la necesidad de un cambio progresivo” (Recasens Siches, 1973, p. 114).

Con esto no se pretende decir que los valores superiores o supremos sean aquellos que se desprenden de la propia naturaleza de la persona humana, pues esta es una postura de la que la investigación se ha separado ya en el acápite anterior; sino que, dichos valores o contenidos supremos deben desprenderse del consenso o aceptación de la propia población, en un ejercicio real de su poder constituyente, y deben instaurarse como parte de la constitución material, como conquistas materiales de la propia sociedad que los construye, protege, reconoce y otorga permanencia hasta que se haya presentado una nueva necesidad de modificación; necesidad generada por la propia dinámica social, por la propia evolución constante del ser humano.

Nuevamente, esto pareciera operar en contra de la postura de pluralismo jurídico asumida en el numeral anterior, no obstante, el argumento adquiere coherencia en tanto se comprenda que la evolución del ser humano y de la sociedad no involucra la adquisición de mayores lujos o la sumisión al fenómeno globalizador, sino el cumplimiento de las funciones de certeza y seguridad con las que cuenta el derecho.

Funciones sumamente importantes y que son transversales a todas las sociedades cualquiera sea la noción de desarrollo o evolución que mantengan; el valor seguridad, orientado a “aquello que a la sociedad de una época y un lugar la importa fundamentalmente garantizar, por estimarlo ineludible para sus fines. Por eso el contenido del Derecho varía según los pueblos y los tiempos en el proceso de la historia” (Recasens Siches, 1973, p. 113), pero es precisamente ese contenido el que le otorga estructura al derecho de un pueblo determinado y que tiene como fin último la protección de ese mismo contenido.

De allí que lo jurídico no sea entendido como un fin, sino como un especial medio por el que se consigue tutelar o proteger los valores establecidos por una sociedad determinada a partir de la identificación de las necesidades de tutela de esa misma sociedad, y teniendo como materia prima la cultura de aquella; mismos que le sirven de fundamento a las disposiciones normativas creadas para asegurar dicha tutela. Es decir, el derecho cuenta con tres dimensiones, tanto valorativa, normativa como fáctica, pero todas estas dimensiones

forman parte de un círculo de interdependencia, lo que lo convierte en un constructo formal, pero también en un fenómeno material.

Ha de quedar sentado, que incluso los hechos con relevancia jurídica se encuentran imbuidos de las formalidades preestablecidas por el propio derecho, así como, los valores jurídicos supremos, los procedimientos jurídicos establecidos y las disposiciones jurídicas creadas, no dejan de ser materiales por el hecho de estar contenidos en formulaciones o expresarse mediante formalidades.

2.1.3. Derecho y cambio social, una justificación de la dinamicidad y contingencia del derecho a partir de los discursos

Una institución, figura, fenómeno, acto o procedimiento es dinámico cuando se encuentra impulsado por fuerzas determinadas que resultan eficientes para producir movimiento hacia un fin determinado (RAE, 2022, Dinámico, 1 y 5); es contingente, cuando estos pueden o no suceder (RAE, Contingente, 2022, 1); el extremo de la dinamicidad del derecho, fue explicado ya con detalle en el punto anterior; sin embargo, ¿por qué afirmar que el derecho es un instituto-fenómeno contingente?, porque es materialmente imposible que este sea estático, desprendido de las vivencias y necesidades sociales y, por ello, absolutamente planificado.

Esto se explica porque las mismas fuerzas que dotan de dinamismo al derecho implican, al mismo tiempo, un constante enfrentamiento entre sí, a fin de determinar lo que puede o no ser admitido como jurídico en un campo social concreto. En abierta contraposición con el

positivismo formal, que exige la existencia de una regla secundaria para legitimar la contingencia de imponer o no un deber (Sucar, 2009, p. 167), es posible advertir que dicha contingencia también se ubica en el plano material, previo al establecimiento de reglas primarias o secundarias, antes incluso de la admisión formal de los principios, en aquel instante constituyente generado por la población política y jurídicamente organizada.

Ahora bien, teóricamente dicha población ejerce un poder constituyente que consiste “en la exposición primaria de la energía social de una sociedad, con el objeto de establecer una organización política y jurídica con vocación de perennidad, mediante la dación de un texto normativo fundamental denominado Constitución” (García Toma, 2010, p. 505).

Sin embargo, cabe preguntarse si ese constituyente teórico es efectivamente tomado en cuenta en la construcción de una Constitución, o si es únicamente el poder del pueblo política y jurídicamente organizado el que crea los discursos que, posteriormente, habrán de convertirse en dogmas constitucionales y, en consecuencia, en dogmas jurídicos supremos.

En la práctica, la creación de los dogmas constitucionales revela la intervención de múltiples actores y procedimientos que no siempre son de carácter jurídico. El constituyente, tal como lo presenta la teoría clásica —esto es, como el momento excepcional en el que todos los ciudadanos expresan su poder soberano para constituir un Estado y

una Constitución—, rara vez se ha presentado en la historia y nunca en la experiencia peruana.

De ahí que esta concepción clásica del constituyente pase por alto la realidad de aquellos integrantes de la sociedad que detentan menor poder y que, en consecuencia, suelen convertirse en marginados frente a los grupos dominantes que logran imponer sus discursos (García Villegas, 1989, p. 32).

En efecto, los anales de la historia muestran que, en no pocas ocasiones, han sido los miembros de la clase dominante quienes han impuesto su discurso al resto de la población, recurriendo a la fuerza política o militar, a la economía o, incluso, a la mera retórica convenientemente adaptada a sus intereses (Uriarte, 1997, p. 254).

Aquellos que “habiendo nacido en una posición positivamente distinguida, aparecen como distinguidos simplemente porque su habitus, como una naturaleza socialmente constituida, está inmediatamente ajustado a los requerimientos inmanentes de juego cultural y social” (Bourdieu, 2001, pp. 82-83); e, incluso, aquellos que, sin haber nacido en dicha posición privilegiada, han llegado a alcanzarla, suelen utilizarla para mantener el statu quo, en tanto opera a favor de sus intereses particulares.

De ahí que el juego cultural y social que caracteriza a un grupo o sociedad determinada no sea uniforme ni homogéneo; en rigor, cada circunstancia individual dota a los actores de mayor o menor poder. Ello despoja de fundamento a la teoría del contrato social y relativiza

la propia idea del tercer estado, dando lugar a la ficción de unas mayorías democráticas que, en determinadas condiciones, pueden incluso afectar a las minorías (Mouffe, 2020, pp. 155-156).

Si no existe uniformidad en las fuerzas que integran al elemento población, difícilmente puede hablarse de uniformidad en el acceso al momento constituyente, al menos bajo los términos en que pretende sostenerse la teoría del constituyente uniforme y excepcional.

De hecho, la mayor exclusión proviene de la falta de conocimiento que tiene el ciudadano común sobre su papel en dicho constituyente, exclusión que se explica por el modo elitista en que hoy se gestiona el poder gubernamental (Uriarte, 1997, pp. 158-259).

Se olvida que el Estado se compone de más elementos que el solo gobierno y que, en estricto sentido, este último no constituye un elemento del Estado sino el resultado de la interacción de aquellos. No obstante, bajo la actual estructura del poder constituido, tal distinción resulta difusa y se invisibiliza ante la preeminencia gubernamental; no obstante, tal y como se estructura actualmente el ejercicio del poder constituido, no puede verse más que:

Un juego de represión y de exclusión, (...) exclusión de aquellos que no tienen derecho al saber, o que no tienen derecho más que a un determinado tipo de saber; imposición de una cierta norma, de un cierto filtro de saber que se oculta bajo el aspecto desinteresado, universal, objetivo del conocimiento; existencia de lo que podría llamarse: «los circuitos reservados del saber», aquellos que se forman en el interior de un aparato de administración o de gobierno, de un aparato de producción, y a los cuales no se tiene acceso desde fuera. (Foucault, 1980, p. 32)

Si bien es cierto, tal afirmación de Foucault parece extrema y da por sentado que el derecho al conocimiento le está negado a cierto sector de la población, lo que pareciese afectar directamente al contenido del derecho a la educación; empero, el asunto no se orienta únicamente al conocimiento académico, sino, principalmente, al conocimiento de determinada información que se reservan los grupos elitistas de poder (Uriarte, 1997, p. 259), mismos que toman decisiones que atañen a la colectividad, generalmente los afecta, sin otorgarles la posibilidad de participar en dicha toma de decisión.

Es decir, teóricamente hablando, ha sido la población la que le ha otorgado la facultad de decisión unilateral a los aparatos del poder constituido, dado que estos actúan en representación del resto de la población en virtud de la delegación que les otorga el contrato social; no obstante, dicho contrato social no solamente involucra la participación en las elecciones generales, sino que, debería involucrar también la decisión de la estructura del Estado, el contenido de los valores fundamentales, de la constitución en su totalidad; situación que en el Perú no se presenta porque la estructura misma de la democracia no lo permite, pero también, por la falta de información con la que cuenta el peruano promedio al respecto.

Teóricamente hablando, es el constituyente, es decir el pueblo, quien ejerciendo su poder soberano, creador, construye los valores fundamentales y la estructura del Estado con la finalidad de tutelar sus propios intereses, es decir, su derechos fundamentales, así como,

para limitar el abuso de poder por parte de los ocasionales gobernantes.

Pero lo dicho solo ocurre teóricamente, puesto que materialmente el sistema se ha dotado de un hermetismo tal que únicamente permite un ejercicio eficiente de poder a los grupos con mayor poder económico o político, lo que demuestra que “es necesario renunciar a la teoría y a los discursos generales. Esta necesidad de teoría forma parte todavía de este sistema que se quiere destruir” (Foucault, 1980, p. 42).

Con esto, no se quiere decir que la teoría es dañina para una sociedad o que no deba ser utilizada al momento de tomar las decisiones o para justificarlas; sino que, tales decisiones no pueden ser tomadas únicamente desde la perspectiva abstracta, sino que, deben ser el resultado de la interacción entre la verificación material, fáctica y las abstracciones que guardan vigencia dentro de una sociedad concreta.

Lo dicho, en cualquier ámbito relativo al derecho, dado que “la verdadera teoría y práctica científica debe superar esta oposición integrando en un solo modelo el análisis de la experiencia de los agentes sociales y el análisis de las estructuras objetivas que hacen posible esa experiencia” (Bourdieu, Poder, 2001, p. 80), así como, la contrastación con los fundamentos previamente constituidos en virtud del carácter evolutivo del derecho, para el caso concreto; lo que podría lograrse con la verificación de la moral positiva y la moral crítica antes de construir cualquier dogma constitucional.

De allí que la interacción entre la teoría, y no solo de la teoría, sino también de la *ius* filosofía, la dogmática y la experiencia jurídica, coadyuvará a conseguir que los contenidos jurídicos respondan a las necesidades, concepciones y cultura de la totalidad de ciudadanos, sea que se trate de grupos mayoritarios o minoritarios.

Téngase en cuenta que el discurso que sea enarbolado para admitir o no un sistema jurídico, debe responder a la tutela efectiva de todos los derechos fundamentales de los seres humanos, tanto los que han sido admitidos formalmente, como los que se están ejerciendo día con día por los integrantes de la sociedad.

Es necesario advertir que el derecho se encuentra condicionado por las conquistas alcanzadas por los integrantes de la sociedad, lo que le confiere una visión diacrónica de la realidad, en la que “se muestra bien este contraste entre discursos que son posibles en unas épocas y dejan de serlo en otras” (García Villegas, 1989, p. 31). De este modo, la historicidad de los discursos jurídicos pone de manifiesto su carácter contingente y dependiente de los procesos sociales que los sustentan.

Sin embargo, dicha contingencia no involucra arbitrariedad, sino la primacía de determinado grupo que logra imponer su discurso, muchas veces buscando intereses propios y varias de las otras, entrelazando los intereses propios con el interés general; ello debido a que en cada “sociedad se presenta una relación de influencia recíproca entre discursos y focos de poder: los primeros surgen en

función de los segundos y estos se constituyen y fortalecen a aquellos” (García Villegas, 1989, p. 31).

De ahí que los discursos y su influencia respecto de la población se tornen sumamente relevantes para los grupos de poder, generalmente conformados por élites, sobre todo en sociedades occidentalizadas como ocurre con la mayoría de la sociedad peruana. No obstante, en la realidad peruana también pueden advertirse casos de grupos autónomos en los que este fenómeno se presenta con menor intensidad.

Así, puede observarse que la influencia o arraigo de determinado discurso en una sociedad determinada, puede conseguir que la mayoría de la población lo incorpore como algo propio, como algo en lo que cree y le sirve de parámetro de actuación; no obstante, puede existir otro sector de la población en el que el discurso no cala, situación de la que surge la idea de marginalidad que “hace referencia a esta zona incierta en donde ningún discurso tiene arraigo, salvo aquél que da cuenta negativamente de esta situación como anormalidad, ilegalidad, irregularidad, etc.” (García Villegas, 1989, p. 32); situación que podría convertir a estos grupos en los “soldados de una revolución o simplemente en los promotores de un cambio o de una mera reforma” (García Villegas, 1989, p. 32) o simplemente se instauren como excluidos por causa de su propio mutismo patético.

De lo que puede extraerse la posibilidad de que exista multiplicidad discursiva, puesto que además del discurso admitido por la mayoría,

es posible identificar otros que corresponden a los grupos marginados o minoritarios, ya sea que estos se encuentren o no en pie de lucha para que sus discursos sean aceptados; de ahí que la unidad de la sociedad depende “del grado de fijación de sentido que logre uno o varios discursos. (...) la comunicación social logra mayor estabilidad cuando los emetores y receptores (...) reconocen un significado más o menos estable y coherente a los mismos signos lingüísticos” (García Villegas, 1989, p. 32), lo que termina por detener la movilidad del sentido de las palabras y por generar un nuevo dogma jurídico que permanecerá estable por un momento determinado.

Tales discursos constituyen, entonces, para el caso del derecho, una realidad simbólica denominada realidad jurídica, que no es más que el producto de la construcción dogmática que realizan los grupos de poder que amplía la clásica relación entre sujeto y objeto, desconociendo su cualidad objetiva en su origen que es meramente subjetivo, pero que adopta cierto grado de objetividad con la aceptación por parte de la sociedad; ello porque “todo significado social es el futuro de una relación interesada en un tipo de entendimiento y de unidad social” para la cual el derecho constituye un instrumento fundamental (García Villegas, 1989, p. 33) dado que es el lenguaje que busca asegurar la tutela efectiva de lo que la sociedad ha convenido son sus derechos fundamentales.

En este sentido, este derecho convenido, es la semilla y el fruto del cambio social, es el que orienta su propia construcción, pero a partir

de la construcción material que presenta en la propia sociedad, esto porque “el espacio de racionalidad del derecho posee una dinámica que tiende hacia el establecimiento de reglas y principios de interpretación reconocidos como legítimos” (García Villegas, 1989, p. 33), pero no por la aceptación posterior de la sociedad de los discursos contruidos por los grupos de poder, sino por la admisión de los discursos contruidos a partir de la moral social, material, por los mencionados grupos de poder.

Con todo, lo que sí resulta claro y seguro de afirmar es que los discursos pretenden comunicar la realidad percibida, empero, dicha realidad puede ser tergiversada si es que se la deja a la sola capacidad de comprensión de los grupos de élite, entre estos, el Tribunal Constitucional, lo que exige que, cuando dichos grupos de poder vayan a ejercer alguna actuación de interpretación de la realidad, necesariamente, deban contar con elementos objetivos obtenidos de la realidad material antes de construir cualquier discurso.

Teniendo en cuenta que el “poder simbólico del discurso jurídico varía de acuerdo con las circunstancias; las condiciones que determinan su emergencia responden a una necesidad de adaptación o fortalecimiento de un conjunto de fuerzas” que requieren un alto nivel de organización dentro de la sociedad, en la que los organismos gubernamentales cuenten con información precisa y se la comuniquen a todos los integrantes de tal sociedad (García Villegas, 1989, pp. 35 y 36).

Lo que no implica que tales organismos gubernamentales sean los titulares y creadores de la información, sino que, se encuentren en total sincronía con el resto de la población, principalmente, al momento de fijarse los derechos fundamentales de tal sociedad; dado que, carecería por completo de sentido que la formulación de los dogmas jurídicos se realice sin contar con el conocimiento de los dogmas sociales que les son equiparables.

2.2. Teorías relativas al tema de investigación

2.2.1. El universalismo, el relativismo y su relación con el reconocimiento de los derechos fundamentales desde una perspectiva material

El surgimiento de la Revolución Francesa significó un gran avance en la vida política de las naciones, se dejó atrás la concepción de administración de justicia integrada únicamente por leyes donde el monarca era el vehículo primordial para su materialización, y se pasó a concebir un estado fundado en principios de libertad e igualdad entre sus ciudadanos.

El decaimiento del autoritarismo y la ruptura de la ley como única fuente portadora de derechos trajo el declive de la concepción como carta meramente política atribuible a la Constitución, que además en un primer momento su connotación giraba en base al sistema jurídico de tipo liberal vivido en ese entonces, canalizado a través de la división del político cuya primera manifestación se concreta en la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano (1789), es

decir, una Constitución que se tenía como limitadora del poder político, acepción que hoy en día se ha visto enriquecida por una serie de criterios de corte más subjetivo.

El paso histórico, la creación de nuevas teorías y la concepción de dignidad humana inherente al ser humano como sujeto de derecho, hicieron que la constitución pasara a significar el reconocimiento de un ordenamiento fundado en derechos fundamentales que identifican y caracterizan cualquier ordenamiento jurídico.

Ya esta concepción, fija su contenido en el sentido de verla independientemente de su aspecto político. Empero, la denominación de derechos fundamentales ciertamente ha sido confundida con la concepción de derechos humanos, pues hay quienes asimilan tales contenidos como si estos fueran a significar lo mismo.

En tal sentido, conviene hacer la precisión acerca de ello

El concepto de derechos fundamentales se vincula con la idea de ciertas pretensiones que se positivizan en el texto constitucional, ya sea a través de valores principios o reglas y por tanto quedan fuera del ámbito de disposición de las mayorías constituyéndose en límites para la soberanía. Además, comprenden el derecho del individuo para exigir del estado su respeto a través de mecanismos institucionales y en caso de incumplimiento se contemplan ciertos mecanismos de exigibilidad a través de procedimientos jurisdiccionales. (Nash Rojas, 2006, p. 1310)

Los derechos fundamentales implican una concepción institucionalizada, que parte de la subjetividad o preexistencia que arguyen los iusnaturalistas para ser acomodada en los textos objetivos y de esa manera logra positivizarse, dejando ver que la única

concepción de orden perseguida constantemente por el orden político mundial en su mayoría se lograría con la objetivización de derechos cuyo antecedente histórico viene del Código Civil de 1804.

Ciertamente el termino de derechos fundamentales ha sido utilizados para hacer referencia a derechos constitucionales y viceversa, debido al contenido consustancial que guardan, pero sobre todo a la relación simétrica que existe respecto de los intereses y valores que una vez positivizados se vuelven derechos constitucionales. Lo ha dicho Castillo Córdoba (2010) “de modo que con la expresión derechos fundamentales o derechos constitucionales se hace alusión a lo mismo: a la constitucionalización de una serie de exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos a la persona por ser tal (p. 93).

Sin desmedro de la literatura que se haya escrito en cuanto a la postura tomada por la constitución peruana para saber si esta reconoce y/o hace diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales, lo cierto es que gracias al artículo 3 de la Constitución Política el debate se flexibiliza, ya que tiene por igual a los derechos ahí establecidos, pues menciona, “los derechos establecidos en este capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza” siempre y cuando se funden en la dignidad del hombre, la supremacía constitucional, la soberanía o la forma republicana de gobierno.

Tal redacción textual implica entre otras cosas, que la consideración de los demás derechos taxativamente establecidos no puede restarle

importancia de los derechos textualmente no recogidos en él, pues el propio Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 2495-2003-AA/TC ha mencionado:

El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada (Caso Azanca Meza García, 2003, fund. 19).

El punto de partida, entonces, lo constituye el artículo 3 de la Constitución, de donde pueden salir un amplio abanico de derechos constitucionales, empero, la referencia al contenido constitucional de esos derechos fundamentales – como ya se explicó – está dado por el denominado contenido esencial y/o material, esto es, “el conjunto de atribuciones que el derecho depara a su titular y hace que el derecho sea ese derecho y no un derecho diferente” (Castillo Córdova, 2010, p. 99).

Este contenido esencial de los derechos fundamentales – teoría que hoy en día tiene mucha acogida – dice Pietro Sanchís citado en Salazar Laynes (s.f) “es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general, sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental” (p. 143).

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia N° 11/1981 ha dado a conocer dos acepciones para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental. Lo primero, se debe tener en cuenta la naturaleza jurídica del derecho en juego, pues su concepción puede

ser anterior a su positivización y con ello, el contenido esencial implicaría “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría” (Caso Nicolas Urbieto, 1981), paradigma que se basa en la “reconoscibilidad de un tipo abstracto en la regulación concreta u objetiva” (Fernández Segado, 1993, p. 242).

En cuanto a la segunda acepción y según el Tribunal Constitucional Español, conviene revisar “los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho” (fud. 8) en donde el contenido esencial vendría a ser “aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos” (fund. 8).

De todas estas ideas planteadas queda claro, que el contenido constitucional de los derechos fundamentales está referido al contenido esencial o material, que no se puede limitar y que por el contrario debe siempre buscarse los mecanismos idóneos y necesarios para hacer de su ejercicio un óptimo desarrollo y desenvolvimiento cuando su titular lo ejerza, empero, esta concepción así tenida trae a colación entre muchas dificultades, lo que llevó a Alexy, Maccormick y otros teóricos a desarrollar una teoría de la argumentación jurídica basada solo en una cara de la moneda, es decir, se ocuparon solo en cuanto a interpretación y las reglas que

deben seguir los jueces, con lo cual no se discrepa, pero debe ser tomada en cuenta también la aplicación de esa materialidad del derecho.

En palabras menos formales, si bien el contenido esencial de los derechos fundamentales no puede ser limitado, tampoco puede ser aplicado sin más, pues como Estado que se proclama democrático la aplicación del derecho por parte del Tribunal Constitucional debe ser guiada por un conjunto de parámetros que limiten ese poder de lo contrario todo el proceso histórico en donde el poder viene del pueblo, es solo un saludo a la bandera.

El enfrentamiento entre el universalismo y el relativismo, tiene como presupuesto la existencia de las versiones más extremas del uno y el otro; es decir, aquellas posturas que conciben ciertos valores como absolutos e inmutables, se enfrentan directamente con aquellas otras que conciben a dichos valores como totalmente contingentes y permanentemente en mutación.

En ambos casos, posiciones reduccionistas que, no obstante las posturas más centradas, parecen haber tomado preminencia a la hora de determinar el contenido de los derechos humanos, así como al momento de tutelarnos jurisdiccionalmente.

En este sentido, la investigación en ciernes adopta como un principio para su desarrollo el reconocimiento de que los derechos humanos no son ni pueden ser entendidos como universales en el sentido extremo del término, dado que “su desenvolvimiento se produce en diferentes

contextos políticos, socioculturales e institucionales y que su objeto se encuentra en plena expansión, produciendo una permanente dinámica jurídica de variada y difícil materialización” (Reca, 2020, p. 1099).

Al respecto, se ha sostenido que la del universalismo de los derechos humanos, y más aun la de los derechos fundamentales, podría resultar contraria al multiculturalismo y al respeto de las diferencias culturales; sin embargo, para que ello no ocurra, dicha tesis “y su corolario de la igualdad— ha de ser entendida, no en un sentido sustancial ni sociológico o cultural, sino en un sentido lógico y puramente formal: como cuantificación universal de los titulares de los derechos” (Ferrajoli, 2008, p. 35).

Vale decir, no debe entenderse que los derechos humanos son universales por cualidad propia o porque se trate de una característica inmanente de este tipo de derechos, sino, porque estos contenidos consensuados internacionalmente, se han extendido en la mayoría de Estados, así como, estos estados se han encargado de adoctrinar a sus pobladores para admitirlos como parte de su moral positiva.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que esta visión del universalismo, a pesar de ser didácticamente muy adecuada para referir que es ya la mayoría del mundo la que ha terminado por admitir los contenidos que internacionalmente se han convenido como derechos humanos, no deja de lado la pretensión de universalidad que presupone la “relación entre la cultura occidental, dentro de la que los derechos

fundamentales han sido teorizados y jurídicamente estipulados, y su espacio exterior: como si existiera una monocultura occidental indiferenciada y las “otras” culturas, a su vez indiferenciadas en su interior” (Ferrajoli, 2008, p. 36) y, dado que se encuentran en su interior, deberían encontrarse obligadas a asumir como suyas, aquellas teorizaciones.

Es más, la definición misma que se da de los derechos humanos, es una expresión directa del primero de los universalismos antes desglosados, aquel que sí está referido a aquel sentido sustancial, sociológico y cultural; esto porque establece que estos son derechos que “el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados” (Truyol y Serra, 1979, p. 6).

Y, aunque dicha definición ha sido doctrinariamente muy discutida, sigue persistiendo en la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que en su preámbulo considera que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; lo que, en el caso del valor dignidad, dada su dinamicidad permanente, no genera gran oposición; sin embargo, en lo que respecta a la afirmación de que existen derechos iguales e inalienables, así como, que estos les

corresponden a todos los miembros de la familia humana; es posible presentar muchas objeciones.

En principio, si la igualdad de tales derechos se refiere únicamente a la denominación con la que fueron reconocidos o al contenido que se les debe otorgar; dado que, si el caso fuese el primero, ningún problema se presentaría para el multiculturalismo o el propio relativismo; empero, si la intención fuese la segunda, aquel multiculturalismo estaría corriendo el peligro de desaparecer por una imposición monista del contenido de los derechos humanos.

Lo mismo respecto de la afirmación de que tales derechos le pertenecen a todos los integrantes de la familia humana, dado que, si dicha expresión pretende ser una fórmula abierta a la libre adición, no tendría por qué ser objeto de crítica; pero si implica una imposición para que todos los seres humanos los entiendan como sus derechos, terminaría por anular las concepciones diversas que presentan no solo las sociedades autónomas culturalmente, sino, los grupos culturalmente autónomos que constituyen grupos marginales dentro de una misma sociedad.

Esto porque muchas de las veces la expresión importa una confusión o equívoco que presenta al universalismo como “la idea ético-cognitivista de una cierta objetividad o intersubjetividad de los valores de libertad y de igualdad de Occidente: de su carácter ontológico o, por lo menos, de su fundamento en un consenso universal” (Ferrajoli, 2008, p. 37); puesto que los derechos humanos no recogen hecho

alguno, no son el producto de naturaleza alguna y, a pesar de que su consenso sea mayoritario, de ninguna manera es universal.

Es cierto que los derechos humanos “aspiran a reglar las necesidades fundamentales del hombre, del ser humano donde quiera que viva, pero las tradiciones, los valores y las culturas varían de una sociedad a otra y aquí encontramos el apicentro de nuestro debate” (Herrero de Egaña Pérez, 2014, p. 3), así como el inicio para las consideraciones del relativismo generado por la “antropología como disciplina que se caracterizó, desde la Declaración de Derechos Humanos de 1948, por la negación (...) a participar en los debates internacionales sobre derechos humanos” (Boco y Bulanikian, 2010, p. 12).

Esto debido a que la “declaración de la *American Anthropologist* y su teoría de relativismo cultural trataban de proteger a sociedades colonizadas que habían experimentado fuertes presiones para cambiar bajo la influencia de la expansión y colonización europea-americana” (Boco y Bulanikian, 2010, p. 12); puesto que, tales sociedades para la década del 40 del siglo pasado, conservaban en gran porcentaje sus costumbres pre colombianas, empero, gracias a la imposición monista de los derechos humanos, han ido perdiendo tal autonomía, misma que conservan actualmente en bajísimo porcentaje (López Núñez, 2021).

Con ello, la pretensión de universalidad absoluta de los derechos humanos, definitivamente podría terminar por afectar la autonomía, la cosmovisión de los pueblos y grupos que se conciben independientes

de los constructos alcanzados por la sociedad occidentalizada, para ello es necesario que los grupos de poder admitan y respeten el hecho de que “cada nación tiene el centro de la felicidad en sí misma, al igual que cada pelota tiene su propio centro de gravedad y proponiendo que a cada Volk (pueblo) correspondía su propia Volkseele (alma del pueblo)” (Christensen citado por Salcedo Céspedes, 2017, p. 13).

Es el alma del pueblo la que genera su moral positiva, así como, la base para la moral crítica que contrastará las necesidades identificadas en la moral positiva, interrelacionarlas con los valores jurídicos preexistentes, para finalmente crear un nuevo valor jurídico, así es como se verifica el carácter consensual de dichos valores jurídicos, no porque se alcance un macro contrato entre todos los integrantes de una población determinada; sino porque dentro de cada una de las sociedades se presenta un sentido de arraigo y la propia comprensión de sus valores que conforman un consenso material.

Esto será mejor explicado más adelante, sin embargo, es la base para comprender que cada grupo humano que comparte, objetivamente hablando, características, costumbres y cultura uniforme y, subjetivamente, se comprende como independiente; tiene la capacidad para construir su propio sistema normativo que nace formando parte de la moral positiva y que, de tener implicancias jurídicas, puede ser sometido a un procedimiento de moral crítica como parte del momento constituyente, que no es excepcional, sino

permanente y que le sirve de insumo a la creación de los valores jurídicos.

Para el relativismo jurídico, entonces, los derechos humanos no expresan una ética compartida universalmente, sino, diversidad de éticas compartidas entre los miembros de grupos cuya evolución histórica y creación propia ha impuesto diversos contenidos de derechos que resultan eficientes para su propia organización (Liza Corona de la Peña, 2021).

Es el extremo naturalista del derecho el que intenta explicar que este surge de la propia naturaleza del ser humano, como se pretende sustentar respecto de los derechos humanos; empero, esta postura no hace más que naturalizar las convenciones alcanzadas por los seres humanos de acuerdo con una época determinada y en un lugar específico; ahora, el hecho de que estas convenciones se hayan extendido a lo largo del globo, no les convierte en desprendimientos de la naturaleza; por más de que los diversos documentos desprendidos de las revoluciones americana, francesa, americana o alcanzados mediante pactos internacionales, así lo establezcan (Pablo Reca, 2020, p. 1102).

2.2.2. El resultado de la pretensión de universalidad del convencionalismo sobre el contenido material de los derechos fundamentales

La concepción de los derechos humanos como derechos individuales que se desprenden de la propia naturaleza de los seres humanos,

inherentes a la persona, no es un fenómeno que se haya presentado en la antigüedad, a pesar de que las principales figuras del derecho actual se han gestado en culturas como la griega o la romana, ni en esta etapa, así como tampoco en la baja edad media, se tuvo noción de este tipo de derechos personalísimos (Nogueira Alcalá, 2003, p. 1).

Ha sido recién post revoluciones americana y francesa, que la “posición iusnaturalista racionalista con influencia cristiana ha sido asumida por las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII” y, como consecuencia se han recogido a estos derechos como libertades fundamentales de los seres humanos, cuya fuerza jurídica implica una obligación de respeto, aseguramiento y protección a cargo de los Estados (Nogueira Alcalá, 2003, p. 2).

Así, es el cariz revolucionario el que instauró la primera generación de derechos o libertades fundamentales, orientados a tutelar bienes tales como la vida, la integridad física y psíquica de la persona, la libertad y seguridades personales, pero además, otros derechos de carácter político que coayuvaban con la finalidad de constituirse como un límite interno ala soberanía y el ejercicio del poder gubernamental (Nogueira Alcalá, 2003, pp. 3 y 4).

Ambos extremos de los derechos civiles y políticos que resultan sumamente relevante en la construcción del naciente Estado Liberal, con los matices que tomó tanto en el continente como en las colonias insulares; la tutela de las libertades personales y fundamentales,

entonces, y el límite que suponían para el abuso del poder, son dos pilares preminentes de este tipo de Estado; siendo que, aun ahora que los propósitos del naciente Estado Liberal han cambiado hacia el Estado Constitucional de Derecho, tales propósitos fundamentales se han mantenido; empero, se ha mantenido también la creencia de que tales derechos se desprenden de la propia naturaleza del ser humano.

Sin embargo, en medio del Estado Liberal democrático y el Estado Constitucional de Derecho, se puede ubicar un segundo momento de gestión y reconocimiento de derechos humanos, ya desde una perspectiva internacional, dado que los primero se reconocieron al interior de cada Estado y, paulatinamente se fueron admitiendo en los demás Estados.

Estos son los derechos económicos, sociales y culturales que son un producto de la preocupación por la defensa de otro tipo de derechos que aseguren un nivel de vida adecuado para la población, que tuvieron como sustento los desarrollos ideológicos del marxismo, pero también la cruenta realidad dejada post segunda guerra mundial; a partir de lo cual se generaron sendos Estados Sociales y Democráticos de Derecho; pero también, la instauración de importantes documentos internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con lo que estos derechos personalísimos, argüídos como desprendidos de la naturaleza del ser humano; adquieren, además, una pretensión de universalidad (Nogueira Alcalá, 2003, pp. 5 y 6).

Pretensión que se ha sustentado desde los primeros albores de estos derechos, pues, ha de recordarse que, si bien Jeremy Bentham (1990) los calificó como un disparate en zancos, metáfora con la que el investigador no podría estar más en acuerdo; lo que históricamente ocurrió fue que dicho disparate fue defendido, entiéndase que con muy buena fe, por los filósofos que, en aquel momento, creían en derechos naturales inmanentes al ser humano, como la libertad, la vida, la salud corporal y la propiedad que eran vistos como bienes civiles (Locke, 2018).

Postura que primó en el reconocimiento de los derechos humanos y que ha calzado aceptación a nivel internacional, tan es así que se ha recogido en diversos tratados internacionales; empero, contemporáneamente es menester reconocer que el “renacer del derecho natural de los derechos humanos es una evolución desafortunada ante los retos de un mundo pluralista”; pues, la realidad puede demostrarnos que no todas las sociedades comparten la misma moral social y que, incluso dentro de una misma sociedad, existen grupos que constantemente reclaman el cambio en la concepción de uno u otro derecho humano (Arango Rivadeneira, 2016, p. 27).

Ahora, la redacción del presente documento insiste en referirse de manera indistinta a los derechos humanos, como derechos naturalistas, cuyos contenidos han sido acordados internacionalmente, con una cesión de posición de parte de los

Estados con la intervención de los organismos internacionales; y a los derechos fundamentales, que hallan su fundamento en la dinámica constitucional, dentro de la cual puede contarse a la existencia de una población que, a manera de poder constituyente, expresa el contenido que corresponde a cada derecho fundamental, teniendo en cuenta su cultura.

Es así que los derechos fundamentales se instituyen como criterios de legitimidad del poder que en términos del constitucionalismo, significa la creación de mecanismos y procedimientos por los que el legislativo, cualquiera sea el órgano que lo ostente, se encuentre vinculado a “los contenidos materiales – por excelencia, los derechos fundamentales – de las constituciones”; mismos que son materiales porque se obtienen del acuerdo de la totalidad de la población, implican un límite al abuso del poder y presupuestos para la protección de dicha población como criterio de legitimidad (Barranco, 2009, p. 15).

He aquí la diferencia entre los que constituye un derecho humano con pretensión de universalidad y un derecho fundamental que depende directamente de la cultura específica, de una población específica, que lleva a cabo una actuación político-jurídica para determinar el contenido de los derechos fundamentales que les asisten, tanto como criterio de legitimidad como a efectos de limitar el abuso de poder por parte de sus representantes.

De lo que se desprende que tales derechos no son el producto de la naturaleza del ser humano, porque, en todo caso, dicha naturaleza es cambiante, tampoco puede decirse que su fundamento “radica fuera de la voluntad estatal” porque, incluso, la comprensión del derecho natural admite acepciones diversas, mucho más las valoraciones sociales, las proyecciones humanas, el proyecto esencial que se forja cada sociedad, su tradición histórica o el consenso social; lo que deja sentada la fundamentación práctica o empírica favorable a los derechos (Bidart Campos, 1993, pp. 9-11), de lo que se desprende su contenido material.

Es por ello que en la actualidad se afirma que los derechos fundamentales, no así los derechos humanos, son la *conditio sine qua non* del Estado Constitucional Democrático; dado que cumplen funciones estructurales internas de cada Estado o sociedad, habida cuenta que se establecen como los fundamentos que se encuentran detrás de los principios o como los principios mismos que, al encontrarse en la cúspide del sistema jurídico, se estatuyen como presupuestos de validez material para la creación, interpretación y aplicación de las demás normas infrafundamentales (Nogueira Alcalá, 2005, p. 15).

Empero, ello no debe confundirlos con aquella pretensión *iusnaturalista* de preexistencia al orden estatal, puesto que el Estado es precisamente el resultado de la interacción de sus elementos; vale decir, del pueblo política y jurídicamente organizado, en un territorio

determinado, para, en ejercicio de su poder soberano, cree valores político – jurídicos moldeados en virtud de su cultura propia.

Es aquella dinámica la que da origen a los derechos fundamentales, motivo por el cual resulta excesivo dar la vuelta al naturalismo y pretender que incluso “el poder constituyente está limitado frente a los derechos fundamentales por el principio constitucional que ellos constituyen límites a la soberanía”; salvo que ello se entienda en función al principio de progresividad, por el que, una vez incorporados al ordenamiento son irreversibles (Nogueira Alcalá, 2005, p. 17).

Aunque, existe una manera más clara de presentar tal situación, es el poder constituyente el que reconoce determinados derechos fundamentales e impulsa su inclusión dentro del sistema constitucional de normas, sea cual fuere su soporte, imponiéndose a sí mismo como límite, la imposibilidad de desconocer con posterioridad un valor jurídico fundamental ya creado; sin embargo, ello no implica que este valor jurídico fundamental sea inmutable, puesto que es la propia dinamicidad evolutiva del derecho la que permite ir adecuando su contenido de conformidad con las necesidades de la sociedad que lo acuñó.

Hay quienes se oponen a esta postura en función al contenido del principio democrático que sustenta a varios de los Estados del mundo, en este sentido, al entenderse a la democracia como la “libertad positiva del pueblo de no estar sujeto a otra decisión, y por tanto a otros límites o vínculos que los deliberados por sí mismo”; sin

embargo, se presenta la dificultad de que dicha deliberación puede resultar imposible en un sujeto colectivo tan grande como la población de un Estado; así como, la deliberación de los representantes, no necesariamente expresa la voluntad del pueblo (Ferrajoli, 2006, p. 19).

Lo que es perfectamente comprensible en términos de democracia para el ejercicio de la función legislativa tradicional, es decir, aquella legislación calzada por el positivismo que involucra la creación de fórmulas legales que requieren de un *iter* legislativo para su validez; empero, en el caso de las normas constitucionales, el legislador, por así decirlo, es el propio pueblo en su día a día, dentro del cual va creando los valores sociales determinados por su cultura, todos ellos pasibles de ser tomados por la moral crítica para ser transformados en valores político – jurídicos a ser admitidos como parte de la constitución material.

Por ello la democracia no puede ser entendida como un método o como reglas procedimentales para asegurar que un pueblo cuente con un representante, o como el imperio de la mayoría; sino como la materialización del principio de soberanía que reside única y exclusivamente en el pueblo, en la mayoría del pueblo, tampoco en unos pocos representantes integrantes del gobierno; es decir, el principio de soberanía popular implica una garantía negativa que impide el ejercicio de la misma a cualquier estrato que no sea el pueblo

entero, a la suma de todos sus ciudadanos (Ferrajoli, 2006, pp. 21-22).

Motivo por el cual, al momento de tomar una decisión respecto de la inclusión de un derecho fundamental en el ordenamiento constitucional o de la modificación de su contenido, debe tenerse el cuidado de que tal decisión sea equitativa y no responda únicamente al interés de las mayorías, tampoco al interés de las minorías solamente; sino, que implique una solución eficiente para optimizar el reconocimiento del derecho fundamental según las necesidades particulares de cada grupo e individuo de la sociedad (Atienza, 1993, p. 243); luego de lo cual deben revisarse las “*garantías negativas*, consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las *garantías positivas*, consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ella” (Ferrajoli, 2006, p. 25)

Ello es posible únicamente con la utilización de los principios de equidad, razonabilidad y proporcionalidad también de manera previa al reconocimiento del contenido de un derecho fundamental; aunque, ha de dejarse sentado también que tales principios pueden otorgar solución a problemas tales como la indeterminación del derecho o la existencia de zonas de penumbra; no podría asegurarse que sean suficientes para destruir la dificultad que implica alcanzar la objetividad en el derecho constitucional; es por ello que se hace necesario contar con el cumplimiento parcial de algunos criterios de razonabilidad; así como, en los casos que lo ameriten, la verificación

de la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad (Bernal Pulido, 2005, pp. 62-68).

Motivo por el cual los derechos fundamentales deben ser objeto de una interpretación amplia “de manera que todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental” (Prieto Sanchís, 2002, p. 167).

Todos estos considerandos no involucran una completa escisión entre los derechos humanos y los derechos fundamentales, dado que en ambos casos el interés es la tutela de los intereses o de la propia dignidad e integridad de los seres humanos; por ello puede decirse que:

Los derechos se aseguran y garantizan en base al sistema constitucional interno de producción de normas y por el derecho internacional de los derechos humanos. Así, de acuerdo a las cartas fundamentales y por voluntad del constituyente se constituye un bloque constitucional de los derechos, compuesto por los derechos asegurados constitucionalmente y los asegurados por los tratados de derechos humanos ratificados por los estados y vigentes, existiendo una retroalimentación recíproca entre el derecho interno y el derecho internacional convencional de derechos humanos, conjugándose de acuerdo al principio *favor libertatis, pro cives o pro homine*, el que exige procurar la alternativa de solución más beneficiosa para las personas y sus derechos esenciales, o la que restringe en menor grado los derechos esenciales asegurados. (Nogueira Alcalá, 2003, p. 350)

Aunque cabe admitir que Nogueira Alcalá (2003) concibe la primacía del derecho internacional sobre el interno (p. 352); lo cierto es que

dicha retroalimentación de ninguna manera puede significar la imposición del derecho convencional sobre el constitucional o viceversa, sino que, cuando haya que tomar una decisión respecto del contenido del derecho fundamental que deba ser aplicado al caso concreto, habrá que cuidar que este se encuentre de acuerdo con los principios *favor libertatis*, *pro cives* o *pro homine*; como conquistas del derecho occidentalizado que entrelazadas con las particularidades de cada caso conducen a una solución más óptima.

Esto último lleva a establecer también que, el hecho de que el sistema constitucional de raigambre occidental haya tomado mayor aceptación a nivel mundial y haya alcanzado principios que resultan adecuados para otorgar soluciones muy cercanas a lo que concebimos como justicia; no implica de ninguna manera que tales principios y soluciones sean las únicas o las superiores y puedan ser impuestas ante los desarrollos dogmáticos, valorativos y constitucionales de otras sociedades con una construcción autónoma de su derecho constitucional; por esto es que se sostiene que la constitución es material.

Esto a partir de la consideración de que “no es la teoría, sino el modelo de derecho por ella teorizado – del actual Estado Constitucional de Derecho – que (...) es «instrumental a la realización de finalidad ético-políticas», transformadas por otra parte, por su estipulación constitucional, en finalidad”, así como, en normas jurídico positivas (Ferrajoli, 2016, p. 101); de lo que se desprende el carácter

pragmático de la ciencia jurídica que otorga a la dogmática una función crítica que condensa tanto la constatación de las necesidades materiales de la sociedad para, en base a su cultura y a las construcciones teóricas y dogmáticas previas, crear nuevos contenidos alejados de la concepción aséptica del derecho, que favorezcan su consistencia lógica y su propia capacidad explicativa (Ferrajoli, 2016, p. 101).

2.2.3. La teoría del Estado remozada por los planteamientos del pluralismo jurídico y su influencia en la constitución material

La teoría del Estado, aun desde su nacimiento, no es realmente una teoría, puesto que no surte sus propuestas a partir de la mera abstracción y la creación ideal de sistemas político-jurídicos; sino que ha requerido de la atención de la realidad y sus vicisitudes para comprender cómo es que se conforma y desenvuelve un Estado, cuáles son sus aciertos y cuáles sus fallas y, a partir de ello, proponer soluciones que si bien es cierto se construyen premonitoriamente, dichas premoniciones no surgen únicamente de las ideas, sino de los hechos observados por su creador.

Ello se ha presentado, por ejemplo, en el cambio del antiguo régimen al nuevo régimen dentro de los Estados europeo - continentales, fenómeno que se presentó con sus propias particularidades en el sistema europeo insular, así como con el cambio de colonias a estados en los Estados Unidos de Norteamérica.

En este sentido, la teoría del Estado se ha encontrado marcada por planeamientos varios que han dado creación a nuevas figuras y uso terminológico beneficioso para el cacumen político y jurídico; por ejemplo, la utilización misma del término *stato* en la obra de Maquiavelo (1999) que, si bien presenta diversas formas de Estados, a los que divide en repúblicas y principados de conformidad con la forma en la que se adquieren, los últimos se adquieren por herencia (p. 6).

Una de las varias aportaciones importantes de la mencionada obra, es el hecho de haber esgrimido el término Estado para los fines de organización de la sociedad; propuesta a partir de la cual el término fue utilizado por los siguientes filósofos, teóricos del Estado. Claro está que, para el siglo XVI, cuando Maquiavelo presentaba sus ideas respecto a las repúblicas que se rigen por sus propias leyes, admitía la idea de los principados hereditarios, reconocía la existencia de principados mixtos o aquellos que se conquistaban con el uso de milicias, las propias o las de mercenarios (1999, pp. 7, 9 y 24), entre muchas otras formas de organización estatal.

Lo que estaba presentando era un derroche de experiencia vivida por él mismo, que presentaba tal variedad, debido a que ya en este siglo, podía observarse una pluralidad de ocurrencias y circunstancias en cada Estado particular que pretendían alejarlo de la pretendida uniformidad del Estado con gobierno monárquico que tanta arbitrariedad presentaba en su organización; empero, a lo que se

apunta es a dejar sentado que estos albores de la Teoría del Estado, no presenta exclusivamente teoría, sino, conocimiento de la realidad material para dar paso a las ideas.

Tan es así que, los ideólogos y críticos del régimen absolutista que se vivía en los siglos XVI, XVII y XVIII, como rezagos del medioevo, fueron dejando nota de tales arbitrariedades y, a partir de estas y otras observaciones fundamentales, proponiendo salidas al antiguo régimen; tal es el caso de Voltaire, quien presentaba críticas al régimen en cada uno de sus escritos, siendo el más directo contra la Francia monárquica y absolutista la metáfora planteada en “El Mundo Tal como va (1748); en el que plantea una visita de un observador a la ciudad de Persépolis (en realidad París) a fin de que sea testigo de todas la iniquidades que propina el régimen y la forma de vida, y así decidir su destrucción.

Lo que implicaba en realidad la destrucción de una forma de organización que flaco favor le hacía a los intereses de los ciudadanos en el siglo XVIII, lo que implicaba la necesidad de construir una nueva estructura para el Estado, misma que tenía como centro a la soberanía y su titularidad que había de mutar de los monarcas al pueblo; figura que ya desde el siglo anterior había sido presentada a favor del pueblo por Jean Bodin.

Bodin (1997) había reconocido ya la existencia de un poder soberano, pero como una forma que integraba a la república que definía como el recto gobierno de varias familias (p. 9); así como, al poder soberano

como aquella clase de poder capaz de unir a todos los miembros, familias, colegios y partes de la república en un solo cuerpo, sin lo cual, esta dejaría de ser tal (p. 17); esta definición la resume en un simple ejemplo, por el cual, un pueblo compuesto de 3 familias con 5 miembros cada una, en el que cada uno de los miembros ejercen un poder soberano que se convierte en común a todos, es el escenario de un gobierno recto, capaz de ser reconocido como una república perfecta, lo mismo que cualquier gran Estado (p. 17).

Si bien Bodin (1997), dado que su tratado fue escrito en el siglo XVI, mantenía todavía el dogma de que la soberanía se trataba de un poder absoluto y perpétuo que le correspondía todavía al príncipe; del lado de esta admisión, presentaba también a la soberanía con el pueblo como titular; en ambos casos, tanto el príncipe como el pueblo son quienes mantienen siempre el poder y pueden valerse de custodios o depositarios para su ejercicio, ya sea un lugarteniente en el caso del príncipe o un gobernador en el caso del pueblo; ambos son meros poseedores precarios del poder soberano y, llegado el momento, tendrán que devolverlo (p. 48).

De ello se desprende la máxima, tal vez hoy olvidada del planteamiento de Bodin (1997), la soberanía se mantiene siempre en posesión del pueblo o del príncipe, lo único que ceden es su uso y tal uso no puede ser tenido como soberanía, ya que “si se llamara soberanía al poder absoluto otorgado al lugarteniente del príncipe, este lo podría utilizar contra su príncipe, quien sin él nada sería,

resultando que el súbdito mandaría sobre el señor y el criado sobre el amo” (p. 48).

Máxima que es aplicable también al poder del pueblo respecto del gobernante, quien no mantiene el poder soberano, sino únicamente un poder delegado que no puede operar en contra de la voluntad e intereses del mismo pueblo y que, puede ser revocado en cualquier momento de no cumplirse con el encargo e, incluso, admite la intervención del dador de poder como partícipe de las gestiones encomendadas.

La idea de democracia participativa, entonces, no es el producto de los desarrollos ideológicos o teóricos contemporáneos, sino que se sustenta desde los inicios en base a la comprensión de que el poder soberano no es transmitido por el pueblo a sus representantes, sino, solo objeto de una delegación parcial, otro de los aportes de Bodino (1997) quien otorga el poder soberano “nunca da tanto que no retenga más para sí, y nunca es excluido de mandar o de conocer por prevención, concurrencia o evocación, o de los modos que quisiere, de las causas de las que ha encargado” (p. 48).

Otro de los aportes importantes es que la soberanía “no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo” (Bodin, 1997, p. 49) de lo que, actualmente, puede decirse que al ser esta ejercida únicamente por el pueblo, dado a que el sistema de príncipes ha fenecido ya con el antiguo régimen, la única limitación que admite es el respeto de los derechos reconocidos por el propio pueblo a favor

de todos y cada uno de los integrantes de ese mismo pueblo; de lo que se desprende la idea de constitución material, viva, expresada en el ejemplo de las tres familias que ha sido dejada de lado también en la actualidad por favorecer a una forma de democracia representativa.

Claro está que, la postura de Bodino se asemeja a la de Hobbes en cuanto admite que el pueblo pueda despojarse de todo su poder para dárselo a un solo hombre, esto ocurre cuando el “poder absoluto es dado pura y simplemente, no a título de magistrado o comisario, ni en forma de precario, (...) aquel puede llamarse monarca soberano, ya que el pueblo se ha despojado de su poder soberano para darle posesión e investirlo” (Bodin, 1997, p. 50); situación que no es admitida actualmente ni en las monarquías parlamentarias.

La soberanía, como poder perpetuo y absoluto del pueblo, fue el gran aporte en la historia de los Estados, aún bajo el manto de los Estados Absolutistas del antiguo régimen; empero, tal formulación se convirtió en la base para otras que se han convertido también en pilares de la nueva forma de Estado mantenida hasta hoy, por ejemplo, la idea del pacto o el contrato social que no puede desarrollarse sin tener en cuenta al poder soberano.

Hobbes (2017), ha dedicado un capítulo completo a disertar respecto de los derechos de los *soberanos* por institución (pp. 146 - 153), reconoció que el Estado es una institución propiciada por una “multitud de hombres que convienen y pactan, *cada uno con cada uno*, que a un cierto *hombre o asamblea de hombres* se le otorgará, por

mayoría, el *derecho* de representar a la persona de todos (es decir, de ser su *representante*)” (Hobbes, 2017, p. 146); a partir de lo cual puede reconocerse a la teoría de la presentación surgida del pacto social.

Sin embargo, tal vez por la influencia que todavía mantenía en el siglo XVII la monarquía, Hobbes (2017) respalda dos ideas que resultan inadmisibles en la actualidad, la primera, que la representación es el producto de la mayoría, como fundamento de la democracia representativa y, por tanto, quienes han votado a favor, como quienes no lo han hecho, se encuentran obligados a autorizar las acciones y juicios del representante, lo mismo que si fueran sus propias acciones y juicios; de lo que se desprende la segunda propuesta inadmisible, que el pueblo se desprende de su soberanía cuando nombra a sus representantes y, por tanto, debe obediencia a estos, sin tener opción de realizar un pacto nuevo o delegar ese poder a hombre o asamblea distintos (p. 146).

Postura que resulta sumamente errónea y un total retroceso de lo que Bodin había descrito ya como soberanía; tan es así que los hombres que alcanzan un pacto pueden, y de hecho lo hacen actualmente, revocarle el poder a quien ejerce una administración defectuosa, es decir, ejercen la facultad de controlar a los representantes, así como la potestad de participar de los actos de gobierno.

Sin embargo, pese a estas cataduras de corte monárquico, lo cierto es que Hobbes (2017) realizó todo un importante tratado que recogía

las percepciones de la época y, basado en la naturaleza del ser humano, la que él comprendía como tal, fue descubriendo la fuente real del poder soberano, el hombre, quien cuenta con la facultad de entendimiento de las cosas que le rodean (p. 37), se encuentra comprendido por un ámbito interno, de una serie de pensamientos regulados (p. 38), tiene la posibilidad del uso del lenguaje para comunicar tales pensamientos, para registrarlos, para mostrar el conocimiento adquirido o para complacer y deleitar a sí mismo o a los demás; pero también, puede presentarse un abuso del lenguaje, registrando sus pensamientos equivocadamente, cuando es usado en un sentido distinto al otorgado, cuando es usado para mentir y, finalmente, cuando es usado para agraviarse los unos a los otros (p. 43).

Esto último, según Hobbes (2017) puede suscitarse por el incesante afán de poder que mantiene el hombre, de lo que se origina el afán de lucha producto de la competencia entre los hombres, por lo que es exigible la obediencia civil a los representantes con motivo de obtener tranquilidad (p. 91); de ahí que si bien es cierto, desde la postura de este autor, los hombres comparten la misma naturaleza, esta involucra el reconocimiento del valor igualdad entre ellos, no obstante, la igualdad en sus capacidades denota que todos estos desean adquirir mayor poder, ello genera desconfianza y, esta desconfianza, constante estado de guerra, lo que determina la mencionada naturaleza del hombre y hace necesaria la institución de un Estado civil (pp. 108-110).

Por ello es que el Estado Civil se hace necesario, para limitar el constante Estado de Guerra en el que vive el hombre; de lo que se desprende la finalidad de tal Estado, y uno de los aportes más importantes del Hobbes (2017), la “causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación”, es decir, la seguridad de sus integrantes (p. 142). Por ello, define al Estado como:

Una persona de cuyos actos se constituye en autora una gran multitud mediante pactos recíprocos de sus miembros con el fin de que esa persona pueda emplear la fuerza y medios de todos como lo juzgue conveniente para asegurar la paz y la defensa común. (p. 144)

Es posible que esta manera de ver las cosas haya alentado la idea de concebir a los representantes como autoridades, cuando en realidad no lo son, así como, creer que sus designios son incuestionables, lo que convierte a los ciudadanos en una nueva forma de súbditos; miradas todas, totalmente equivocadas, los representantes se encuentran al servicio de la población y no al revés, así como, de no cumplir estos con la finalidad para la que fueron elegidos, dicha elección puede y debe ser revocada.

Posturas como la mantenida por Hobbes, ha influido en afirmaciones de los estudiosos posteriores de la teoría del Estado o la teoría de la Constitución, como es el caso de Loewenstein (1976) quien al hablar de los ostentadores del poder, comienza por señalar que:

La realidad del proceso del poder sugiere establecer una pragmática distinción entre aquellos órganos estatales que detentan y ejercen el poder en virtud de una investidura constitucional – esto es, los detentadores del poder oficiales, legítimos, visibles exteriormente – y aquellos que de manera no oficial, indirecta y frecuentemente extraconstitucional, influyen y conforman el proceso del poder no oficiales e invisibles. (pp. 35 y 36)

Al respecto, cabe aclarar que, el proceso del poder se configura con posterioridad a la existencia del poder soberano mismo, el cual se genera a instancias de la población, precisamente cuando esta decide organizarse política y jurídicamente, en ello consiste el proceso del poder, aquel por el que el pueblo ejerce su poder soberano para constituir un Estado y una Constitución; por lo tanto, únicamente puede hablarse de poder legítimo cuando nos referimos a ese poder originario que le pertenece a la población.

Los representantes, a pesar de ser elegidos, no ejercen un poder soberano, sino únicamente un poder delegado, constituido, que no es legítimo, sino legal, que a pesar de ser oficializado por las formalidades impuestas en el proceso de delegación y, a pesar de ser visibles, no son ilimitados; el poder entonces no nace en los órganos de gobierno, sino en virtud de los otros elementos del Estado: pueblo, territorio y cultura.

Estas afirmaciones no son nuevas, sino que ya desde el siglo XVIII, previo a la revolución francesa, Rousseau (2012) difería del planteamiento de Hobbes, en un punto central, la voluntad general es indestructible, pues el sufragio “en todo acto de soberanía, derecho que nadie puede arrebatarse a los ciudadanos, así como sobre el de

opinar, proponer, dividir y discutir, cuyo ejercicio el gobierno tiene siempre gran cuidado de no permitir más que a sus miembros” (p. 151).

El sustento de lo anteriormente señalado, es el hecho de que el género humano, al no poder permanecer en estado primitivo bajo amenaza de perecer, y al no poder engendrar nuevas fuerzas de manera individual, se ven en la necesidad de unirse y dirigir las que ya ostentan a una suma que es capaz de defender y proteger “con la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes” (Rousseau, 2012, p. 55)

A esto Rousseau (2012) llamó contrato social, pero a diferencia de lo señalado por Hobbes, la relación es recíproca y permanente, “cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo” (p. 56); ese es el Estado, la conformación de todos y cada uno de los miembros del pueblo, que mantienen el poder soberano por retorno del desprendimiento dado para el contrato, dentro de un territorio determinado y, crean sus normas, en función a la cultura que los identifica (Häberle, 2001, p. 21).

Por eso es que la Teoría del Estado “se propone investigar la específica realidad de la vida estatal que nos rodea. Aspira a comprender al Estado en su estructura y funciones actuales, su

devenir histórico y las tendencias de su evolución” (Heller, 2017, p. 21); esto es sumamente importante, ya que, tal y como se ha verificado en los clásicos documentos referidos al Estado y su conformación, el propósito de la teoría del Estado es el estudio de las ocurrencias materiales de cada sociedad para, según estas, identificar las tendencias de su evolución.

Pues, el Estado es el producto de la interacción de la población, el territorio, la soberanía y la cultura; es decir, se desprende de los elementos que se presentan materialmente en toda sociedad y que, al interactuar, ejercen su poder constituyente para crear un gobierno, que no es un fenómeno, sino una institución, y para determinar el contenido de sus derechos fundamentales; estos dos extremos componen a la Constitución, la cual ha de seguir siendo vista desde la perspectiva material.

Es por esto que la teoría del Estado no puede conformarse únicamente con la concatenación lógica de preposiciones, sino por la relación que guardan los hechos concretos con la estructura del Estado, ya que dichos hechos concretos se desprenden de la mencionada interacción de elementos, así, cuando responde a una sistemática abstracta “cae, fatalmente, en el error de ordenar arbitrariamente los contenidos reales que encuentra – precisamente por querer articularlos de un modo escrupulosamente lógico – y, con ello, violenta y sacrifica la conexión natural que nace del objeto, en beneficio de un fantasma” (Heller, 2017, pp. 52 y 53).

Fantasma en el que se han convertido las antiguas formulaciones de la constitución formal, del Estado como sinónimo de Gobierno, del poder constituyente excepcional, de la soberanía de los representantes, de la democracia representativa excluyente (López Núñez, 2020, p. 51), entre varios otros que serán reformados en la discusión; más aún si se toman los planteamientos del pluralismo jurídico, según el cual:

Hay una vuelta a lo “pequeño” en la localidad, una retirada hacia un espacio visible, a la “región” y la “patria”: Estados nacionales verdaderos o supuestos se descomponen en “micro Estados”; grupos étnicos exigen derechos de minoría; el regionalismo se convierte gradualmente en principio estructural de muchos Estados constitucionales que hasta ahora habían sido centralistas (...); el federalismo continúa su marcha victoriosa por el mundo. Todo ello remite a lo específicamente territorial. Al mismo tiempo se adquiere conciencia de la ambigüedad del término “frontera”: por un lado significa limitación, a la propia identidad; por el otro, a partir del espacio delimitado es posible extenderse a lo ajeno, lo nuevo, lo lejano. Precisamente los micro Estados (...) tienen gran conciencia de esta dialéctica, pues reciben e integran mucho que viene de “fuera”, para así mejor afianzarse. (Häberle, 2001, p. 22).

De ahí es que surge la constitución material y la concepción relativista de los derechos fundamentales; según la cual, cada grupo o sociedad, sea que conforme totalmente un Estado, o sea que contenga varios microestados, genera sus propios valores jurídicos de conformidad con sus propias concepciones, eventualmente puede tomar ejemplos o contenidos de fuera, pero al admitirlos dentro de cada uno, será su cultura la que determinará su contenido remozado. Por ello es posible sostenerse que:

Frente a este trasfondo debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado Constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural. La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el “patrimonio cultural” y los artículos generales sobre el Estado de Cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución. Cuando en su etapa evolutiva actual el Estado Constitucional da efectividad, define y desarrolla en forma especial su protección de los bienes culturales, lo hace, en suma, al servicio de la identidad cultural (...) para el ciudadano la *Constitución* no es sólo un texto jurídico o un “*mecanismo normativo*”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas. (Häberle, 2001, p. 5)

Existe, en definitiva, una íntima relación entre las ocurrencias reales, fácticas, que determinan la configuración de los pueblos, cualquiera sea su estructura, y además, los valores que en estos se construyen y la influencia de éstos últimos en las reglas que cada uno de sus integrantes debe respetar, pues, la historia humana es un “*processo dramático de conversão de valores em fins e de crises culturais resultantes da perda de força axiológica, verificada em fins que uma nova geração se recusa a "reconhecer"*” (Reale, 2002, p. 380).

Vale decir que, la construcción de valores jurídicos, a través de la teoría o de la *iusfilosofía*, no se desenvuelve de manera independiente a los fines contemplados en las normas vistas como reglas sociales, ni estas, de las vivencias y necesidades de determinada sociedad; sino que, todos éstos confluyen para la construcción de un Estado y, con éste, de un sistema jurídico eficiente para mantener su orden.

La teoría del Estado, entonces, ha construido valores, político-jurídicos, que le han sido eficientes a la organización de nuestro Estado, llámese, la idea o conformación de un parlamento, como órgano que ejerce el poder legislativo; de una presidencia de la república o primer ministerio, de los ministerios, los gobiernos o alcaldías, como órganos que ejercen el poder ejecutivo; de las cortes, juzgados, fiscalías, entre otros, encargados de ejercer el poder judicial.

Todos estos formalmente reconocidos y conformados, definidos en la Constitución y las leyes; no obstante, no todos los valores del Estado han sido construidos por la teoría del Estado, sino, que son el producto del reconocimiento de valores superiores preexistentes, o al menos así comprendidos, tal y como ocurre con los derechos fundamentales, o con aquellos valores que se desprenden de la propia convivencia de los seres humanos en tanto seres sociales y políticos.

Así, la teoría del Estado ha reconocido la existencia de los elementos del Estado que, de manera clásica señalan al territorio, la población y el poder (Jellinek, 2005, Cap. Trece); mismos que determinan, no solamente su construcción política, el fundamento de su creación, sino que, son reforzados gracias a las prescripciones jurídicas que, en nuestro tipo de Estado, de tradición liberal, se han contemplado en la denominada Constitución Política y, desde ahí, hacia el resto de normas de nuestro sistema jurídico.

La teoría del Estado, entonces, es uno de los pilares para la discusión y conformación de los valores a ser reconocidos en determinado Estado, pero, sus formulaciones no deben tenerse más como reconocimientos abstractos, factibles de ser impuestos; vale decir, la construcción de los Estados, no debe ser el resultado de la aplicación de formulaciones teóricas solamente, sino, de reconocer cómo es que dichas formulaciones teóricas se materializan o se pueden materializar en una determinada sociedad.

Vale decir, la constitución es material, puesto que cada cultura de cada Estado o Micro Estado, determina el contenido específico de cada constitución, y con ello, la forma de organización interna, el grado de evolución que se desea mantener, la concepción misma de evolución, así como el contenido de sus derechos fundamentales que pueden compartir la misma denominación, pero no necesariamente el mismo contenido, la misma finalidad o el mismo objeto, sobre lo que se ahondará en el siguiente acápite.

2.2.4. Otro reajuste en la comprensión del poder constituyente como titular de la decisión política fundamental

En la dinámica ya explicada de la interrelación de los elementos del Estado, aquella por la que un pueblo determinado, con una cultura determinada, ejerce su poder soberano dentro de un territorio determinado para establecer un Estado, de manera paralela, para asegurar la vida de dicho Estado, ha de establecer también una Constitución, dentro de la cual, debe decidir asuntos tales como “la

elección de su sistema político (...), si la nación desea adoptar la monarquía constitucional o la república, el parlamentarismo o el presidencialismo”, entre otras decisiones políticas fundamentales (Loewenstein, 1976, p. 63).

Esta posibilidad que tiene el pueblo, dado que ostenta un poder soberano, se denomina decisión política fundamental, por la cual no se restringe a tomar decisiones únicamente políticas, o siempre con carácter jurídico, sino que puede involucrar decisiones que se encuentren en el límite entre lo jurídico y lo político, lo jurídico y lo económico, lo jurídico y lo moral, o cualquiera de sus otras combinaciones (Loewenstein, 1976, p. 64).

Dicha decisión política fundamental se ha establecido como el mecanismo por el cual se ejerce el denominado poder constituyente originario, que se define como “aquella voluntad de mando que toma la decisión de organizar y constituir políticamente al Estado. Es anterior a la existencia jurídica del cuerpo político, porque es quien le da legitimación y organización” (García Toma, 2010, p. 114).

El cual surge directamente del pueblo e involucra la creación a partir de este, de nuevos dogmas constitucionales para el cambio total de un régimen constitucional, aunque “estas oportunidades para el ejercicio del poder constituyente se suelen dar raramente” (Loewenstein, 1976, p. 63); dado que se trata de la capacidad de “decisión originaria que tiene la comunidad para promover su propia organización política – cuyo mandato no deriva de ningún otro poder,

ni se ejerce por delegación o comisión – es exclusiva (y excluyente). Del poder constituyente, en un momento histórico en donde “jurídicamente” no existe Estado” (García Toma, 2010, pp. 114-115).

Ahora, existe la postura de que con anterioridad a la generación de un estado o de su “recreación *ex novo* (...) carece de sentido aludir al concepto de soberanía estatal, dado que aún no existe para el derecho poder alguno que tenga la connotación de estatal ni susceptible de ser calificado de soberano” (García Toma, 2010, p. 115).

Sin embargo, dicha postura se encuentra muy alejada de la concepción original otorgada de soberanía que se presentó en el acápite anterior; la soberanía es un concepto estatal precisamente porque se ejerce a instancias del pueblo, no del gobierno que cuenta con un poder delegado al que se denomina poder constituido.

Es dicha soberanía la que posibilita la toma de las decisiones políticas fundamentales, las que, de ser vistas como momentos excepcionales que generan un poder constituyente también excepcional, muy difícilmente lograrán que la gran masa de ostentadores y, a la vez, destinatarios del poder puedan participar de la creación de dogmas o estructuras constitucionales (Loewenstein, 1976, p. 65).

Lo que termina por perjudicar la participación de los ciudadanos en la construcción de las Constituciones que, por teoría, son el producto de la voluntad popular, pero que, en la realidad son más el objeto de un poder constituyente derivado por el procedimiento de reforma (García

Toma, 2010, p. 531), o por aquel procedimiento que se utiliza ya de manera generalizada y hasta estereotipada para elaborar o adoptar una constitución escrita, la denominada asamblea nacional o constituyente que es elegida por todo el pueblo para esta tarea específica” (Loewenstein, 1976, pp. 160-161).

Pues bien, ocurre que el poder constituyente originario, así visto, cuenta con características específicas, tales como la inicialidad que da cuenta de la presencia de una voluntad política constitutiva y principal que excluye cualquier otro ordenamiento jurídico, organización política o voluntad destinada a crear; la autonomía, puesto que ningún otro puede sujecionarlo y mucho menos sustituirlo; la incondicionalidad, por el que solo él puede fijar sus parámetros sustanciales y procedimentales; la inmanencia, dado que la posibilidad de creación le es inherente e intrensferible y; finalmente, la temporalidad, puesto que este poder se hace efectivo por un lapso breve y para un fin determinado, crear o formular el texto fundamental (García Toma, 2010, p. 520).

Sin embargo, este ejercicio del poder constituyente del pueblo, originario, con las características antes señaladas, se ha dado únicamente en el contexto de las revoluciones que han supuesto cambios totales del régimen estatal, como la francesa, la estadounidense o la inglesa, no así, en otro tipo de revoluciones que copiaron a las anteriores, como es el caso de la lucha independentista con las corrientes libertadoras del norte y el sur en América del Sur; en

las que, para el caso del Perú, jamás hubo un poder constituyente originario para establecer la primera Constitución Política, ni se ha presentado tampoco para el caso de ninguna de sus reformas, en las que se ha estilado la ya mencionada práctica de la Asamblea Constituyente e, incluso, en la última, se ha desdeñado la elección de una asamblea y se conformó desde el gobierno un Congreso Constituyente.

Este tipo de problemas no son exclusivos del Perú, se ha presentado también con muchas variantes en la historia de otros países como Alemania en donde “los príncipes y estamentos lucharon por ser “sujetos” del proceso constituyente, Las Constituciones otorgadas (como la prusiana de 1848) fueron expresión del poder constiuyente del monarca; las pactadas (como la constitución prusiana de 1850) constituyeron un pacto o compromiso” que se celebró entre el príncipe, los estamentos y el pueblo (Haberle, 2003, p. 131).

De ahí que la idea del constituyente debe ser admitida en función a la idea de soberanía planteada por Bodin, misma que es permanente en el tiempo y que permite la toma de decisiones políticas fundamentales diversas de manera material, como parte de la moral positiva del pueblo, mismas que, al ser sometidas a moral crítica, pueden general dogmas constitucionales; motivo por el cual, el poder constituyente originario no puede ser temporal, sino permanente.

2.2.5. El reajuste del contenido Constitución material como fundamento de la juridicidad de la moral positiva o social

De manera preliminar debe establecerse que una Constitución es el producto del poder constituyente; por lo tanto, es el resultado jurídico del ejercicio cultural-político del poder soberano del pueblo, en un territorio determinado, ya que el resultado meramente político es el Estado.

De hecho, se han presentado múltiples concepciones del término, desde antes de su admisión formal después en la naciente Francia republicana; como ocurrió en la edad media que se la concebía como un conjunto de reglas monacales, o en el argot filosófico del siglo XVIII en el que se la tenía como el conjunto de leyes que guiaban a un país (Olano García, 2006, p. 138), entre muchas otras acepciones que generalmente han estado referidas a las normas o conjuntos normativos fundamentales para los pueblos.

Es así que hasta la actualidad se presentan múltiples concepciones de constitución, todas referidas a un sentido fundamental del término, aunque, la naturaleza y sentidos que se le otorga sean diversos; con ello, es preciso apelar al sentido propio del constructo denominado Constitución, es decir, a su reconocimiento como un complejo de normas jurídicas fundamentales, en el sentido positivista incluyente del término norma, que no necesariamente implica que se encuentren escritas o codificadas; lo importante es que, según este sentido, tales normas contienen los fundamentos y lineamientos para fundar un

ordenamiento jurídico (Olano Valderrama y Olano García, 2000, p. 61).

Este sentido propio expresa el contenido sustancial de las constituciones, cualquiera que fuese su presentación o su soporte material, sea que se encuentren escritas o no, sea que se consideren formales o materiales, sea que se instituyan como rígidas o flexibles; la finalidad de la Constitución es fundar el ordenamiento jurídico de un Estado.

Ahora, la acuciosidad en la disertación que mantienen los constitucionalistas ha llevado a clasificar a las constituciones teniendo en cuenta el soporte o la forma en que se presentan en la realidad, aunque podría sospecharse también que tales clasificaciones han influido en la forma que toman algunas constituciones en determinados países; así, existe otra clasificación que diferencia a las Constituciones de facto, de hecho, o materiales; y Constituciones de iure, jurídicas o formales (Zaldívar Rodríguez, 2017, p. 237).

Aunque, tal diferencia debiera ser únicamente doctrinaria y meramente pedagógica, establece que las constituciones formales son identificadas como un documento “escrito, y que se muestra como fuente formal o jurídica del poder (...) deben ser caracterizadas, según la concepción inicial liberal, por mostrar un sistema de garantías liberales, una división de poderes, y una formalidad de escritura y método” (Zaldívar Rodríguez, 2017, p. 237).

Así como, las constituciones materiales, en sentido contrario al expresado en primer lugar, son tenidas como “la propia organización del Estado, la manera en la que está “constituido” y, por tanto, no existe hoy ninguna organización política estatal en la que no pueda reconocerse esta “forma” de Constitución” (Zaldívar Rodríguez, 2017, p. 237).

Por lo tanto, esta clasificación podría encontrarse referida a las distintas dimensiones de una sola constitución, vale decir, la manera en la que se presenta generalmente, escrita y codificada, así como, el contenido que esta ostenta, sustancial, referida a la estructura del Estado que se contempla dentro del código; lo que la hace innecesaria. Aunque, es justo señalar que el autor citado no admite dicha clasificación, solo la describe.

Empero, no es esta la única clasificación que presenta el contenido de lo que debe entenderse por una constitución, una aproximación a la que la investigación se encuentra más próxima es aquella que la define como:

La combinación de un elemento formal y otro material. Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento. Materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida. (Pérez Royo, 2000, p.)

Propuesta interesante, puesto que no observa al elemento formal en equiparación al soporte de la escritura o la codificación, sino como el

procedimiento que se sigue para fundar la constitución que, de hecho, es material, pero que exige la presencia de un constituyente, de la voluntad popular; lo que mejora cuando se hace referencia al elemento propiamente material que se refiere al poder soberano que ostenta permanentemente la población para autodirigirse.

Bajo tal definición, el constituyente no puede ser excepcional o temporal, sino que se ejerce de manera continua, tanto en el momento en que la población construye y admite un sistema constitucional jurídico, como cuando cae en la cuenta de que tal construcción o parte de ella ha dejado de ser eficiente para responder a las necesidades de la población y ha de ser modificada; advertencia que surge en las vivencias de la propia población y no a instancias de un ente formal del gobierno.

Esta perspectiva se acerca mucho más a la asumida por la presente investigación y que llega de la mano de Constantino Mortati (2001) para quien existe una Constitución normativa y una Constitución material; en cuanto a la primera, puede ser reconocida también como Constitución formal debido a que se expresa en un documento que se encuentra vigente en un Estado determinado producto de la acción política de sus miembros en la que plasman el acuerdo respecto de su organización y los valores fundamentales que les rigen; en tanto la segunda, apunta a reconocer a los propios actores y sus comportamientos reales, fácticos, que definen efectivamente a un

Estado; por lo que anticipa, precede y condiciona a la Constitución formal (p. 14).

2.2.6. Marco normativo

A. Constitución (art. 201-202)

El tribunal Constitucional fue creado a partir de la Constitución de 1979 como el Tribunal de Garantías Constitucionales, actualmente mediante constitución vigente (1993) como Tribunal Constitucional, ha sido reconocido como un órgano de control y supremo de interpretación de la Constitución.

Se caracteriza por ser autónomo, ya que el ejercicio de sus funciones no está subordinado a otro órgano constitucional, así como es un poder constituido, creado por la constitución, de tal manera que solo está sometido a ella y a su ley orgánica; y es independiente porque cuenta con autonomía administrativa, jurisdiccional y reglamentaria, sin salir de sus límites (Alva, 2005).

El Artículo 201 de la Constitución prescribe que “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.”, de él se advierte como un órgano de control constitucional, siendo “la máxima instancia especializada en la justicia constitucional del país” (Alva, 2005, p.1100).

Asimismo, es el encargado de la defensa de la supremacía de la Constitución, pues vela por el cuidado de las leyes, órganos del Estado y de particulares ante cualquier vulneración de los derechos

fundamentales (Art. 2 Constitución) y el respecto general de la Constitución.

Es decir, la Constitución solo reconoce función interpretativa al Tribunal Constitucional, por eso dice que es el máximo interprete y que su destino es verificar que, ni las leyes, ni los órganos administrativos la vayan a contradecir, y que en caso ello sucediera ordena que la prevalencia siempre recaiga en la Constitución y no en una norma de menor jerarquía.

En cuanto a la estructura del Tribunal Constitucional, se encuentra conformado por 7 miembros los cuales son elegidos por el Congreso de la República, por un periodo de cinco años. Se requiere de un voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros, además no pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Además, el segundo párrafo del artículo 201 de la Constitución política establece los requisitos para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema, es decir, ser peruano de nacimiento; ser ciudadano en ejercicio; ser mayor de cuarenta y cinco años; y haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años (art. 147 Constitución).

Respecto a la inmunidad y prerrogativas de los magistrados del Tribunal Constitucional, Los miembros gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas, les alcanzan las mismas incompatibilidades y no hay reelección inmediata. Por otro lado, el artículo 202 de la Constitución establece tres funciones del Tribunal Constitucional, que son:

a. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad

Se entiende como un órgano jurisdiccional, que ejerce sus funciones en defensa de la constitución y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en los procesos constitucionales. (Alva, 2005).

b. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento

Cuando todas las vías hayan sido agotadas aún se puede recurrir al supremo máximo para revisar vía interpretación el derecho en juego.

c. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Siendo que, Alva (2005) menciona que en cada proceso constitucional se debe dilucidar competencias referidas a: a) procesos de control normativo, es decir, al proceso de

inconstitucionalidad de la ley o al proceso acción popular. Estos representan el núcleo esencial del modelo de jurisdicción constitucional concentrada. b) procesos de tutela de derechos fundamentales, previamente para el conocimiento de estos procesos es necesario que haya sido denegado su reclamo ante las instancias judiciales precedentes. c) procesos competenciales, aquellos donde se pretende preservar la regularidad jurídica en caso del ejercicio de competencias y atribuciones conferidas por la Constitución.

De ello, se puede decir, que tanto el artículo 201, como el 203 de la Constitución, lo instituye como el último órgano para declarar la constitucionalidad de las normas jurídicas, así como actos de gobierno, resoluciones emitidas por los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y los actos de particulares.

B. Ley Orgánica del tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional no solo se encuentra sometido a la Constitución sino a su Ley Orgánica - Ley N° 28301. Esta consta de 3 títulos, 22 artículos y 4 disposiciones finales.

El artículo 1 de la Ley N° 28301- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales.” Asimismo, tiene como sede la ciudad de Lima y Arequipa, donde pueden

sesionar en cualquiera de ellas por acuerdo mayoritario de sus miembros.

Llama la atención lo dispuesto por el artículo 4 de la ley orgánica en cuanto menciona que una de sus atribuciones es también la iniciativa legislativa en la formación de las leyes, sobre materias que le son propias, de acuerdo con el artículo 107 de la Constitución; al respecto, existen dos extremos que analizar, el primero, que la facultad legislativa generalmente se encuentra orientada a la creación de leyes ordinarias, no así, a la creación de normas constitucionales, puesto que estas últimas no atraviesan o no debieren atravesar por el mismo procedimiento por el que pasan las leyes ordinarias para ser aprobadas o emitidas.

Lo que podría llevar a la confusión de que el Tribunal Constitucional cuenta con la competencia para desarrollar y emitir leyes ordinarias, situación para la cual es incompetente funcionalmente hablando; la segunda, que dicha potestad legislativa en realidad se refiere a la potestad de forjar normas constitucionales; sin embargo, funcionalmente tampoco es competente para ello, al menos no por encargo del constituyente y, habida cuenta que se trata de un órgano constituido, no podría ser habilitado para tal actuación por una decisión del legislativo que es otro órgano constituido.

Esto lleva a la identificación de una gran deficiencia en los procedimientos interpretativos desarrollados por el Tribunal

Constitucional, habilitado por el Congreso y no por el constituyente, procedimientos en los que, fundamentándose en lo establecido por el artículo 3 de la Constitución, crean diversidad de contenidos de diferentes derechos fundamentales sin reparo de tener en cuenta las necesidades o concepciones de la moral positiva o social para desarrollar tal actuación.

El Tribunal está conformado por 7 miembros, el cual adquieren el título de magistrados del Tribunal Constitucional. La designación está a cargo del Congreso de la República a través de un proceso de selección en base a un concurso público de méritos. La duración del cargo es de 5 años y sin reelección inmediata (Art. 8), además, la función de magistrado es de dedicación exclusiva (At. 13). Antes de los 6 meses a la expiración del nombramiento, el presidente del Tribunal debe solicitar el inicio del procedimiento de elección de nuevos magistrados al presidente del Congreso (Art. 10).

En cuanto a la conformación del Tribunal Constitucional se designa una comisión especial para el proceso de selección y publicación de resultados y se establece criterios objetivos que ayudan a calificar la solvencia e idoneidad moral de cada uno de los aspirantes a ser magistrados.

Como todo Magistrado tiene derechos, deberes e impedimentos en el ejercicio de su función, el artículo 15 señala que “Los Magistrados el Tribunal gozan de los mismos derechos y prerrogativas que los Congresistas”, cuentan con privilegios

inherentes a su función, por ejemplo no están sujetos a mandato imperativo, no reciben instrucciones de ninguna autoridad, gozan de inviolabilidad, gozan de inmunidad y no responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo salvo flagrancia, tampoco no pueden ser detenidos ni procesados sin antes contar con autorización del Pleno (Art. 14).

El artículo 12 de LOTC establece que están impedidos ser elegidos miembros del Tribunal Constitucional:

- a. Los Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que hayan sido objeto de separación o destitución por medida disciplinaria.
- b. Los abogados que han sido inhabilitados por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República.
- c. Los que han sido condenados o que se encuentran siendo procesados por delito doloso.
- d. Los que han sido declarados en estado de insolvencia o de quiebra.
- e. Los que han ejercido cargos políticos o de confianza en gobiernos de facto.

También los miembros del Tribunal están prohibidos de desempeñar cualquier otro cargo público o privado y ejercer cualquier profesión u oficio, salvo la docencia universitaria, siempre que no afecte el normal funcionamiento del Tribunal. Así como están impedidos de defender o asesorar pública o privadamente; salvo por su propia causa, de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

La Ley Orgánica Tribunal Constitucional, ha previsto supuestos de vacancia de los magistrados en el artículo 16, los cuales son por motivos de muerte, renuncia, por incapacidad moral o incapacidad física permanente que inhabilite para el ejercicio de la función, por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, por violar la reserva propia de la función, por haber sido condenado por la comisión de delito doloso y por incompatibilidad sobreviniente. En el supuesto que cualquier magistrado que incurra en causal de vacancia y se resista a continuar en su cargo, será destituido por el Tribunal tan pronto como éste tome conocimiento.

CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1.1. La obligación de verificar el desarrollo de la moral positiva como presupuesto ontológico para la construcción de la moral crítica en cada dimensión del Derecho

El Estado Constitucional de Derecho se consolida como tal, a partir de la pretensión de resolución de la vieja situación de tensión que se presentaba entre la moral y el Derecho (Atienza, 2001, p. 673), desde la cual se hacen admisibles aquellos postulados que no toman extremos ideológicos, sino que buscan la optimización del contenido de los derechos fundamentales como soportes de la tutela de las personas.

Bajo este presupuesto, es posible la identificación de planteamientos teóricos que, a manera de dogmas jurídicos, tienen la potencialidad de fungir como razones o criterios a tenerse en cuenta en la tarea interpretativa relativa a la determinación funcional del contenido dogmático de los derechos fundamentales y, por tanto, identificar las competencias y limitaciones de los organismos que llevan a cabo esta tarea, como el Tribunal Constitucional o los propios congresos constituyentes.

Es por tal verificación que se ha decidido revisar algunos contenidos derivados del clásico enfrentamiento entre positivismo y naturalismo que, si bien fueron contruidos tras esta dinámica discursiva, bien

podrían ser actualizados y adecuados para ser tenidos como presupuestos en la determinación del contenido de derechos fundamentales antes establecido.

Es precisamente esta discusión sobre la moral y el Derecho la que introdujo con mayor fuerza el concepto aportado por Austin sobre moral positiva como aquellas costumbres que ostenta determinada sociedad o sus representantes (1832, p. 268) que orientan el contenido de sus instituciones sociales, de las que se desprenden las instituciones jurídicas.

Esto, dado que al ser el Derecho una ciencia social y, al haberse admitido que sus figuras o dogmas traen inmersas a las figuras o dogmas reconocidas primero socialmente como un “conjunto homogéneo de costumbres morales en la sociedad en cuestión, y el contenido de esa moral pueda ser establecido de una forma empírica e incontrovertible” (Campbell, 200, p. 312) y, luego jurídicamente en razón de la moral crítica o ética dado que “quienes aceptan o suscriben internamente las normas lo hace porque consideran que ellas son las verdaderamente correctas” (Roca, 2007, p. 167).

Es pues, esta simbiosis que se presenta entre la moral positiva y la moral crítica la que, pese al desface de las posturas positivistas que les dieron origen, han pervivido por razones materiales, prácticas; puesto que las bases fundamentales de estos postulados no pueden ser negados por escepticismos, o postpositivismos; como el hecho

de que las propias costumbres de las sociedades otorgan un contenido material a las figuras sociales y a las jurídicas que se relacionan con estas, así como, el hecho de que existan grupos de poder dentro de las mismas que suelen imponer conceptos o posturas de aplicación para todos los demás integrantes.

Lo cual, de forma inicial no constituye ningún inconveniente, salvo que, se verifique que no existe conexión entre el primer hecho y el segundo, vale decir, los grupos de poder tienen la obligación de tener en cuenta el bienestar general, expresado por la moral positiva, al momento de establecer determinada figura social y, en el caso del derecho, al momento de determinar el contenido de cualquier figura jurídica, principalmente, de los derechos fundamentales.

Esta lógica es la que se pretende aplicar a la actuación del Tribunal Constitucional que no puede encontrarse separada de la moral positiva, puesto que funcionalmente depende de la dinámica constituyente iniciada por la voluntad popular y, en segundo, de la obligación de representación relativa a la propia teoría del Estado como justificación de su existencia.

El Tribunal Constitucional, entonces, dado que se trata de un organismo constitucionalmente autónomo, no puede desprenderse de la justificación misma de su origen, la voluntad popular, así como no puede contravenir las costumbres que impone su moral positiva, aunque tampoco debe basar sus decisiones únicamente en ella, sino

que, debe contrastarla con asuntos de moral crítica o ética que debe sustentar la actuación de cualquier hacedor del Derecho.

Empero, para llegar hasta esta discusión, es menester, en primer término, delimitar debidamente la comprensión que la presente disertación guarda respecto de los derechos humanos o fundamentales, cuya distinción resulta relevante para la misma y, una vez dicha esta, a partir del aporte de Castillo Córdova (2014), qué es lo que se entiende por contenido de un derecho fundamental y, cuáles son los criterios para definir si este o una porción de este puede ser considerado esencial.

Tres puntos aparentemente sencillos y fáciles de comprender, pero que, en realidad guardan múltiples discusiones detrás ya presentadas en el marco teórico y que, en este punto toca analizar y sintetizar.

En cuanto a las denominaciones y concepciones que se tiene sobre las categorías: derechos humanos y derecho fundamentales, aunque la discusión parezca ociosa, es menester establecer una diferencia sustancial que, tal vez, pueda ayudarnos a definir la existencia o no de un contenido esencial, así como la comprensión misma que se tenga de los derechos a los cuales se les atribuye la calidad de fundamentales.

En ese sentido, respecto de la categoría de los derechos humanos, esta ha sido utilizada para referirse a aquellos derechos reconocidos en favor de las personas pero desde un ámbito internacional, estos

que son objeto del convencionalismo alcanzado entre Estados, o entre estos y las organizaciones internacionales; lo cual, presenta el primer punto a ser discutido, si se tratan de convenciones internacionales, ¿es posible entender a los derechos humanos como aquellos que surgen o se desprenden de las propias características de los seres humanos y que, por tanto, son preexistentes a su reconocimiento?

Vale decir, como se ha podido observar con la revisión teórica en el presente informe de tesis, todavía se mantienen posturas que entienden a los derechos humanos como derechos naturales, que se desprenden de la naturaleza del ser humano, cuyo contenido no es creado, sino reconocido, en este caso por las declaraciones, tratados, convenciones, entre otros instrumentos que traducen la voluntad internacional.

Empero, ¿cómo es que se lleva a cabo dicho reconocimiento?, ¿qué nos asegura que quien o quienes realizan este procedimiento, realmente se encuentre reconociendo el contenido del derecho humano preexistente?, ¿cuán desarrollada está la capacidad de dichos grupos de poder que permite traslucir de una manera fidedigna las características que se desprenden de la naturaleza humana?

Si es que el reconocimiento es el producto de discusiones académicas, dogmáticas y hasta políticas, es imposible señalar que el contenido reconocido sea realmente la traducción de la naturaleza

del ser humano, puesto que, si este fuese el caso, haría falta la sola percepción de tal naturaleza a través de los sentidos y, sin que medie discusión o debate alguno, se recogería en los instrumentos normativos internacionales ya mencionados, el contenido del derecho humano percibido de manera uniforme y al unísono por los representantes de la población en instancia internacional.

Pero ello no ocurre así, para construir las normas internacionales, hace falta no solamente una permanente negociación entre Estados y organizaciones internacionales, sino que, hace falta la realización de todo un contexto de justificación que sustente qué elementos deben considerarse y cuáles no, dentro del contenido de un derecho humano en general.

En ese sentido, la pretensión de universalidad de los mismos no se sostiene en la idea de que estos sean preexistentes o que cuenten con un contenido material que luego es formalizado normativamente, sino, que involucra un tira y afloje en asambleas permanentes que determinen los contenidos que han de ser respetados por los Estados, ahí que puede hablarse de vinculatoriedad de los derechos humanos, porque son el producto del *pacta sunt servanda* alcanzado luego de los debates.

Recién a partir de la admisión de los elementos que conforman el contenido, se podría hablar de una pretensión de universalidad que nunca llegará a ser tal, puesto que, no todos los Estados conforman la comunidad internacional, así como, aquellos que sí la conformen,

se encuentran imposibilitados de imponer sus pareceres en aquellas sociedades que conciban otro contenido de los derechos fundamentales y que no alcancen convención alguna.

Por otro lado, tal universalidad será dinámica, como dinámico es el contenido mismo de los derechos que se reconocen, dado que, este cuenta con un carácter evolutivo que va de la mano con los múltiples cambios que se presentan en la sociedad; de ahí que, por ejemplo, las propias reglas de la Organización de Estados Americanos han hecho suya la doctrina del margen de apreciación para permitir que los Estados prescindan de la regulación de algunos extremos del contenido de los derechos humanos que no calcen con la moral positiva de su sociedad.

De ahí es que, se desprende la justificación para diferenciar entre la categoría de los derechos humanos, que es internacional, y la de los derechos fundamentales, que es interna o nacional, este último término, sumamente relevante puesto que es la nación y no el país o el Estado o la república, la que da contenido a los derechos fundamentales; vale decir, dentro de los límites de cada nación, son las costumbres, las creencias, la cultura, las ideologías propias, lo que determinan los elementos que componen dicho contenido.

En ese sentido, si bien internacionalmente, los Estados y las organizaciones internacionales toman acuerdos acerca del contenido de los derechos humanos, teniendo que conciliar sus diferencias; nacionalmente es la población la que determina, o debe

determinar el contenido de sus derechos fundamentales; mismos que deben ser sometidos a los procedimientos de la moral crítica y a la contrastación con los valores jurídicos preexistentes, para conseguir la construcción de nuevos derechos constitucionales.

Y, de hecho, lo hace, pero esta vez sí de manera material, con sus vivencias, en el día a día, desplegando sus usos y costumbres, conformando su cultura, de ahí que se justifica el hecho de que la cultura es el elemento dinamizador del Estado, en tanto este se comprende como una nación, en la que los integrantes de la población conforman una comunidad, con arraigo, con apego por sus pares y el territorio en el que desarrollan su personalidad.

No obstante, ya dentro de cada Estado, como ocurre también en el caso peruano, se ha encargado la disertación para definir el contenido de los derechos fundamentales que se encuentran contenidos únicamente de manera declarativa en la Constitución, no a la población, sino al Tribunal Constitucional, lo que es perfectamente sustentable en el hecho de que resulta imposible propiciar una asamblea nacional para llevar a cabo tal actuación, pero, dada la forma en la que se encuentra llevando a cabo tal actividad, poco toma de la nación, y mucho de consideraciones abstractas que, incluso, se alejan de nuestra realidad y necesidades.

He ahí el primer inconveniente en cuanto a la fijación del contenido de los derechos fundamentales, todavía no del contenido esencial, el hecho de que su fijación por parte del supremo intérprete de la

Constitución, muy pocas veces se vale de instrumentos que recojan las necesidades y parecer de los integrantes de la población, para decidir.

Ello, deja de lado a la cultura como elemento dinamizador el Estado y se centra en las discusiones internacionales, en los desarrollos teóricos o doctrinarios, o en el derecho comparado, lo que resulta bien, pero que dejan sin sustancia a las resoluciones puesto que, no es posible tener un buen contexto de justificación, sin haber caído en la cuenta primero respecto del contexto de descubrimiento dentro de la sociedad para la cual se va a regular.

Con ello, abrimos pie para el segundo extremo de la presente discusión, qué debe entenderse por contenido de los derechos fundamentales, ¿aquel que ha sido formalizado por el constituyente derivado o por el Tribunal Constitucional o aquel que se desprende del constituyente originario?

Vale decir, ¿el contenido de un derecho fundamental se gesta de manera fáctica, material, real y previa o se construye luego de la interrelación entre las verificaciones materiales y las construcciones teóricas y dogmáticas previas?

Pues, ha de reconocerse que el derecho fundamental no se desprende de la naturaleza misma de los integrantes de una determinada sociedad, pero sí de la moral positiva que estos presentan, lo que implica que, el primer paso para conformar dicho contenido es la constatación de dicha moral, para lo cual, es

menester que se desarrollen diversos instrumentos a cargo del supremo intérprete de la constitución; no debe perderse de vista que la propia constitución es material.

Así, el siguiente paso es la correlación de dicha constatación material con las formulaciones teóricas y las conquistas dogmáticas que han obtenido los derechos fundamentales y que se contienen en la doctrina, la normatividad y la propia jurisprudencia; de tal manera que, hecha dicha correlación, sea posible estructurar un nuevo contenido o reestructurar el ya existente.

Así es como se han tratado los criterios para fijar el contenido esencial del derecho fundamental, pero ya no desde la perspectiva tradicional de que existen un contenido esencial que significa un núcleo duro e inquebrantable del derecho fundamental y un contenido no esencial que es variable, maleable; sino, desde la comprensión de este contenido como uno de carácter dinámico dirigido a la “adquisición del bien humano y consecuente realización humana que sólo será realmente tal si favorece la realización de la persona considerada en su complejidad esencial y, por tanto, considerada también en su vocación social y relacional” (Castillo Córdova, 2014, p. 151).

Es por ello que no es posible fijar el contenido del derecho fundamental con la sola interpretación literal de una disposición normativa, puesto que, estas son meramente declarativas cuando existen; vale decir, se reconoce el derecho a la vida en el texto

constitucional, pero para determinar su contenido no basta con la fórmula normativa, sino que es menester verificar todas las demás normas constitucionales que resulten relacionadas con dicho derecho, estén o no escritas, respaldados por el principio de la unidad de la constitución y la verificación de su naturaleza material.

Dentro de este segundo criterio, ha de incluirse la revisión del texto constitucional formal, de las propias resoluciones anteriores del Tribunal Constitucional, de la normatividad y jurisprudencia internacional, así como la jurisprudencia nacional que haya fijado ya contenidos base para la construcción del contenido.

En tercer lugar, es necesaria la revisión de la doctrina, las formulaciones teóricas, las construcciones iusfilosóficas y todo aquel aporte abstracto que permite comprender la realidad recogida y la normatividad y jurisprudencia revisadas.

En resumen, así como el derecho se comprende desde una perspectiva tridimensional, el contenido de los derechos fundamentales también debe ser el producto de la interacción entre esta triple dimensión, es por ello que resulta imperativo que, cada vez que el Tribunal Constitucional funja de supremo intérprete de la constitución, sea consciente de que existen muchas otras mentes que han discutido temas base para ilustrar su labor, que la constitución debe ser entendida como una unidad y que, va más allá de lo que se verifica en el texto formal, hacia el recojo de las

necesidades materiales, ya sean del caso en concreto que se discute o de la propia sociedad en su conjunto.

3.1.2. La admisión de la relatividad que acompaña al contenido de los derechos fundamentales causada por la adecuación de su contenido a la dinámica constituyente que acompaña a la constitución viva y material

La propuesta de la existencia de un Estado Constitucional corresponde a una elaboración teórica de los años setenta del siglo anterior, propuesta, sin embargo, nada uniforme en sus formulaciones, dado que, el Estado mismo no es un fenómeno uniforme en el mundo, motivo por el cual, cada rincón del planeta en el que se construye una nueva sub teoría relativa a este, tendrá influencia en las particularidades geopolíticas de las que surja; sin embargo, a pesar de dichas particularidades, la propuesta del Estado Constitucional, mantiene elementos generales que resultan comunes a cualquier desarrollo sectorizado:

Una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento fin del Estado y del orden jurídico; un reforzamiento de la noción de Constitución normativa porque la Constitución, no solo debe reconocer los derechos, sino garantizarlos plenamente – unir deber ser con el ser –; una propuesta de democracia constitucional que no está basada en la regla de las mayorías ni de las unidades, sino en el respeto pleno de los derechos humanos – es una formulación a la vez procedimental y sustantiva –; en algunos

autores es una insistencia de lograr a través del Estado Constitucional la inclusión, el igualitarismo y la justicia (...); una creciente aceptación de los tratados sobre derechos humanos y de las resoluciones de los organismos supranacionales que los tutelan; una importancia destacada al razonamiento judicial y a la argumentación jurídica, al grado que se considere al Derecho como una práctica interpretativa, y el entendimiento que el Estado constitucional representa un orden jurídico sin soberano y que su papel es expresar la pluralidad jurídica de todos los proyectos jurídicos, políticos y sociales existentes. (Cárdenas Gracia, 2017, pp. 105-106)

Todas estas innovaciones realizadas al inicial Estado Liberal ya comentado, la supremacía de la constitución que se antepone a la antigua supremacía de la ley, la garantía de la eficacia de los derechos humanos y fundamentales y no solo su declaración, la variación de la comprensión de la democracia hacia una constatación de las necesidades reales de mayorías y minorías alejada de la imposición arbitraria de la voluntad de las mayorías y, finalmente, la importancia de la interpretación de las normas en respeto de los derechos humanos fijados convencionalmente; constituyen finalidades sumamente relevantes del Estado Constitucional que se compone de elementos ideales y reales que apuntan “tanto a una situación óptima de lo que debe ser como a una situación posible de lo que es” (Häberle, 2001, p. 1); aun con la importancia suprema que parece adquirir esta forma de estado

contemporáneamente, se siguen dejando de lado cuestiones básicas, germinales, imprescindibles para el crecimiento de este o cualquier otro tipo de Estado, ¿quién determina o debiere determinar el deber ser de una sociedad?, ¿los filósofos, los teóricos, los políticos, el pueblo, los grupos con poder económico?, ¿quién?

Tal decisión ¿debe dejarse a la voluntad de quienes se encuentran formalmente legitimados para ejercer la interpretación o la argumentación jurídica?, no, si bien es cierto los valores del Estado Constitucional son loables y buscan la optimización en la tutela de los derechos humanos, no debe dejarse de lado la importancia que reviste, dado que seguimos hablando de los Estados, el “principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato” (Häberle, 2001, p. 1) que tanto defendieron los ideólogos anteriormente comentados.

Ello, porque la idea del Estado Constitucional tiene una pretensión de universalidad y universalización a nivel teórico, filosófico o doctrinario, pero su materialización no tiene por qué ser la misma en todos los Estados; no se trata del alcance de un nivel cultural uniformizado de la civilización occidental como parece plantear Häberle (2001) y de la obligación de que este “nivel cultural alcanzado por el Estado constitucional ya no se pierda” (p. 2); sino

de una constante construcción y deconstrucción de los integrantes de cada Estado, no en términos teóricos, sino fácticos y particulares, comunes únicamente a dichos integrantes dentro de sus fronteras geopolíticas; tanto en sus construcciones estructurales del gobierno como en el contenido que le otorguen a los derechos fundamentales.

Esto impedirá los abusos de poder, no solo de los caudillos que se presenten a nivel interno, sino también de las organizaciones que se gestan a nivel internacional y constituye la reafirmación de un postulado que parece haber sido olvidado, la idea de la existencia de un constituyente, pero también su renovación hacia una mirada más allá de la excepcionalidad, así como de otros mecanismos además del mero referéndum o la propia revolución armamentista.

La mirada clásica del poder constituyente lo concibe como aquel que se presenta excepcionalmente dentro de la vida política de un Estado, por el que los integrantes de la población, convertidos en el elemento pueblo, instituyen una nueva manera de organización política que tutele sus propios derechos a través de una ley fundacional en la que se plasmen todas las funciones y procedimientos que den cumplimiento a dicha tutela.

Esta imagen fundacional toma forma a partir de las prácticas de la organización eclesiástica inglesa y escocesa en el siglo XVII británico con “la teoría presbiteriana del pacto eclesiástico o covenant, mediante el cual los creyentes se obligaban a mantener sus propias convicciones y la “Constitución” eclesiástica” (Pereira

Menaut, 2011, p. 129); situación en que fueron los integrantes de la organización eclesiástica los que determinaron el contenido de esa incipiente constitución a partir de los valores desarrollados dentro de su misma organización; concepto último sobre el que se edifican las ideas del Estado y la Constitución.

El segundo elemento característico del poder constituyente, se halla en el estudio del Agreement of the people cromweliano, que ubica al acuerdo o pacto del pueblo por encima de las disposiciones del parlamento (Pereira Menaut, 2011, p. 130) dado que las decisiones del pueblo en su conjunto deben anteponerse a las de sus representantes y sobreponerse en caso se encuentren en antinomia.

Empero, ni la posibilidad de decidir una constitución por el pueblo mismo como la anteposición de los dispositivos constitucionales a los legales parecen felices en el contexto de una democracia representativa o, por lo menos, parecen contradictorios; más, si se intenta conciliar con los postulados del Estado Constitucional de Derecho; sobre todo en los países como el Perú en los que los ideales revolucionarios que les dieron origen, fueron una fiel copia de los ideales de la revolución francesa o, en ocasiones, una contraposición de los principios liberales con los conservadores (Ramos Núñez, 2018) y no en las necesidades y construcciones culturales de la sociedad peruana, lo que lleva a dudar de la eficacia de los postulados constitucionales clásicos y actuales en el Perú.

El Poder Constituyente, en otras latitudes, sí se ha presentado en la realidad con las características teóricas ensayadas abstractamente⁹; tal es el caso de las Cartas Constitucionales de Conneticut y Rhode Island cuando todavía existía la Nueva Inglaterra que se lograron gracias a los “acuerdos de las asambleas de colonos, lo que implicaba que estas tenían un poder supremo y especial” (Pereira Menaut, 2011, p. 130).

Sin embargo, esta posibilidad de los inicios de la democracia no es tan hacedera en las sociedades actuales y con las diversas conquistas que se han generado con la abolición de la esclavitud, el reconocimiento universal de la ciudadanía, así como la universalización de los propios derechos humanos dentro de los cuales está el derecho a la participación ciudadana. Piénsese en el poder constituyente genuino, cuyas características son la originalidad y la inmanencia a una comunidad política, la soberanía y facultad de decisión inapelable, la potestad de generación de un nuevo Derecho Constitucional en un fenómeno de puro poder y, el hecho de que es momentáneo, ocasional (p. 133); vale decir que, este acto constituyente rompe con el Derecho establecido para generar uno nuevo que vaya acorde con los requerimientos y consideraciones de la propia comunidad que lo instituye; todas estas

⁹ Por Locke (2005) para el sistema insular, por las que este es capaz de remover o alterar el legislativo, nace en la propia comunidad que es la única que mantiene la titularidad del poder supremo y, cuya configuración puede darse únicamente cuando el gobierno se encuentra disuelto; y por Sieyes (2019) para el sistema continental, quien reserva el poder de otorgar la constitución al pueblo como constituyente, no a los organismos del constituido, los mismos que no se encuentran en la capacidad de cambiar las condiciones de la delegación que se les ha otorgado; característica que hace de las normas constitucionales superiores a la legales o parlamentarias, que las hace fundamentales.

características no se presentan ni se han presentado en la historia constitucional peruana y se hace bastante difícil verificarlas en cualquier otra sociedad.

La titularidad que se otorga teóricamente al pueblo respecto del acto constituyente, no pasa “de ser una declaración de intenciones que sus autores quisieran ver respetada y convertida en realidad” (p. 134), pero tales intenciones no han podido pasar al plano material, tan es así que, en el caso peruano, por ejemplo, la primera constitución del periodo republicano, la Constitución Política de 1823, fue el resultado de la absorción de ideologías extranjeras, vigentes en la época por el éxito de la Revolución del finales del Siglo XVIII en el sistema europeo continental, pero que, no tuvo gran eficacia o significación dado el contexto revolucionario propio, en el que el libertador se convirtió en dictador; por lo que, poco o ningún caso se hizo de las necesidades del pueblo para el establecimiento del sistema político o gubernamental; costumbre última que se ha mantenido en la dación de las 13 constituciones peruanas, incluida la actual Constitución de 1993 que es el producto de un Congreso Constituyente Democrático y no de un poder constituyente genuino comandado por el pueblo mismo.

Los cambios de constitución que hemos mantenido en el Perú, tal y como se observará en su oportunidad, han sido el producto de los proyectos presentados por los ilustres y reconocidos constitucionalistas de la capital o por el emprendimiento de algún

caudillo surgido tras el abuso momentáneo de poder en alguno de los gobiernos de turno; nunca de la acción de la comunidad, del sentir nacional o de la voluntad unificada del pueblo; es por ello que, las Constituciones peruanas se amoldan a las intenciones, buenas o perjudiciales, de los emprendedores de turno, cuentan con un cuerpo normativo importando, pero carecen de alma. No existe en el Perú, entonces, correspondencia entre la idea del Poder Constituyente y el acto o actos materiales que crean la Constitución formal o el texto constitucional.

Pero, ¿constituye esto un problema?, lo será, siempre y cuando se siga pensando a la Constitución como un complejo normativo establecido dentro de un articulado positivado en un texto, como efectivamente muchos lo hacen todavía, sobre todo aquellos que pugnan y vuelven a pugnar por el cambio de constitución, creyendo que la Constitución está compuesta por el texto constitucional únicamente y bajo la ilusión de que es el texto el que regula al pueblo y no el pueblo el que regula al texto.

Con lo dicho, la Constitución ¿debe comprenderse como un documento normativo o como complejo de reconocimientos formales de su virtud material?, no, su contenido sobrepasa los límites de un texto o articulado; existen posturas que proponen “distinguir la Constitución gruesa” o “extensa” (tic) de la “fina” o “restrictiva (thin)” (Pereira Menaut, 2011, p. 103); esta última, constituye el núcleo de la primera, los principios de igualdad y libertad que rigen la creación

de la Constitución formal y que, en muchas ocasiones, ni siquiera se encuentran regulados en esta.

Aplicando esa visión – distinción entre Constitución Extensiva y restrictiva; uso de un criterio material, evitar nominalismos y formalismos – a un caso como el de España resultaría que algunas partes que se están dentro del texto constitucional no serían Constitución, mientras que parte de la auténtica Constitución real residiría fuera del documento constitucional: en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en los estatutos de autonomía de las nacionalidades y regiones, en otros documentos, españoles o no, o – como no – la jurisprudencia constitucional. Este enfoque serviría tanto para estudiar la Constitución española como la europea, la Norteamérica a o la canadiense y es en lo esencial el mismo que propondríamos para cualquier otra, *mutatis mutandis*: combinar un criterio restrictivo, aunque no tanto como el de Tushnet, con un criterio realista que juzgue *ratione materiae*. (Pereira Menaut, 2011, p. 104)

Visión aplicable también al caso peruano en el que la Constitución Material o el denominado Bloque de Constitucionalidad, sugiere que las normas constitucionales se encuentran, además de en los 206 artículos del texto constitucional, en el reconocimiento de derechos fundamentales o la definición de su contenido que hace el Tribunal Constitucional, en la parte principista de su Ley Orgánica, así como de las demás leyes que desarrollan principios supremos; en los

tratados internacionales vigentes en el derecho nacional en virtud del artículo 55 del propio texto constitucional y de su cuarta disposición final y transitoria; entre otros documentos producidos por actuaciones propias del constituido.

Pero, para que esto no suponga un contrasentido, es menester entender que la cualidad material de la Constitución no se desprende de los actos del constituido ni de la suscripción de tratados internacionales, sino de los fundamentos que permiten y dan legitimidad a tales actos; la actuación diaria del pueblo peruano o de cualquier otro pueblo determinada por su cultura, el elemento dinámico del Estado, el que permite la evolución de su derecho, de sus estructuras políticas y, por consecuencia, el control de las económicas.

Ya no desde la perspectiva que se tenía anteriormente del principio mayoritario como el respeto de lo que es decidido por la mayoría en los comicios electorales o en la votación de un referéndum, sino en la posibilidad de acceder a todos los mecanismos que la democracia actual presta al ciudadano para ejercer la “igualdad política participativa, como valor subyacente de la democracia” (Eto Cruz, 2015, p. 104), pero no en un momento excepcional, sino de manera permanente.

Vale decir, ¿realmente tiene eficacia el principio mayoritario si no toda decisión que se adopta bajo mecanismos democráticos es jurídicamente válida?, sí, en tanto se comprenda al principio

mayoritario como la búsqueda de la eficacia de los derechos de una mayor cantidad de personas; para que el principio democrático, así como la idea del poder constituido sigan vigentes, deben modificar su configuración hacia la búsqueda de la satisfacción material de los derechos de las personas; no a manera de democracia directa, sino con el paradigma de la democracia participativa en el plano social – donde se definen los contenidos de los derechos fundamentales –, en el plano político – a través de la participación activa en el gobierno, ya sea como integrante o como fiscalizador permanente, o en la limitación del abuso del poder económico.

La Constitución se hace material no por la variedad de regulaciones que permiten reconocer formalmente los derechos fundamentales, sino por la generación dinámica de los mismos en el seno de la sociedad, en las vivencias diarias de los pueblos, en la comprensión de su cultura y de sus necesidades que han de ser recogidas en los diversos textos elaborados por el gobierno, creando una fórmula que sopesa las conquistas de derechos y principios logradas en la evolución del Derecho con los requerimientos de la moral social.

En el Perú, los funcionarios públicos, los integrantes del congreso y, hasta algunos integrantes de la judicatura, todavía conciben a la Constitución como un conglomerado de normas positivadas contenidas en un texto que, en este caso, cuenta con 206 artículos, con una parte dogmática que congrega a los derechos fundamentales y una parte orgánica que estructura al gobierno;

dando principal atención a la supuesta función que tiene la Constitución en la organización del gobierno, en su creación o en la corrección del problema del equilibrio de poderes (Guzmán Napurí, 2015, p. 643), centrando la atención en las estructuras de gobierno que, si bien es cierto son importantes, no son el centro de la existencia de la Constitución, como sí lo es la tutela y respeto de los derechos de las personas en tanto integrantes de la población, así como ciudadanos de un Estado o, simplemente, seres humanos que habitan un determinado lugar del globo.

Como se señaló ya anteriormente, la historia del Perú no nos presenta un momento constituyente originario, revolucionario, por el que el pueblo peruano reclame la institución de medidas suficientes para el respeto de sus derechos y necesidades, jamás se ha presentado tal situación, nuestras revoluciones no han sido nuestras, han correspondido a las pretensiones de la corriente libertadora del Sur e, inmediatamente, a las pretensiones de la corriente libertadora del norte.

Tal vez por eso, la Constitución Política de 1823, fue todo menos política, constituyó un esfuerzo académico, una revalidación de las ideas ilustradas, una adopción de otros valores y principios que pintaban como universales, pero no una acción revolucionaria del pueblo peruano por rescatar sus valores y consignarlos en un texto constitucional, fue un reclamo, tal vez, de impetuosos ciudadanos que renegaban contra el régimen regio y que guardaban algún

conocimiento de los cambios políticos de la Europa continental, como ocurrió con la reacción contra las posturas de los “copetudos” protagonizada por José Faustino Sánchez Carrión, integrante de la comisión encargada de redactar la Ley de Bases de la Constitución, junto con Luna Pizarro, Tudela, Olmedo, Figueroa, Paredes, Larrea, Arce y Mariátegui (Altuve-Febres, 2005).

Dicha Constitución, entonces, fue el resultado de una naciente aristocracia estudiosa y conocedora de las teorías, pero incapaz de formular teorías propias, adecuadas, idóneas para tierra peruana; es por ello que fue tan fácilmente desdeñada por el régimen dictatorial que no la dejó surtir efecto alguno.

En la práctica, la Constitución de 1823 solo llegó a regir a partir de 1827; esto es, desde la caída del régimen de Bolívar hasta la promulgación de la Constitución de 1828. Un tiempo de verdad muy breve. Su transitoriedad se explica por su vocación ideológica. El artículo 4 establecía que si la nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca al pacto social. (Ramos Núñez, 2018, p. 19)

Pacto social que, por lo menos hasta la fecha, no tenía manera de producirse en el territorio peruano; otro ejemplo del fracaso constitucional del país, lo representa la segunda Constitución de nuestra historia, la Constitución de 1826, “caro producto bolivariano, que paradójicamente fue llamada “vitalicia”, duró poco menos de dos meses” (p. 25); documento que, al igual que el primero, fue impuesto

por los ideales del libertador del norte que, contrario a sus iniciales principios liberales, terminó por convertirse en el dictador del Perú y que, no fue el producto de la acción constituyente del pueblo peruano, sino de la formulación encargada a los colegios electorales provinciales.

Tal vez, la Constitución Política de 1828, puede ser entendida como la primera constitución elaborada en un contexto de descanso de los conflictos armamentistas en el país, “es una de las más importantes en la historia nacional, si en el Perú se creyera en el Concepto de Constitución como sinónimo de tradición histórica esta sería nuestra carta fundadora” (p. 35); no obstante, dicha tradición histórica que se dice lleva en su interior, tampoco es el producto de una actuación popular o del recojo documentado de la cultura peruana, sino del esfuerzo de Javier Luna Pizarro y unos pocos por “conciliar las ideas liberales con las circunstancias que vivía el país” (p. 36).

La misma mecánica para la Constitución de 1834 que fue el esfuerzo particular de Javier de Luna Pizarro quien dijera sobre su obra: “El proyecto trabajado de prisa por mí, encierra cosas y muchas que no eran de mi opinión; pero que tuve que capitular, porque hubiese proyecto pronto, que era mi objeto” (Luna Pizarro, citado por Ramos Núñez, 2018, p. 45); serie de individualismos que se presentó también en la Constitución de 1839, aunque de otro tipo, puesto que esta fue promocionada por Agustín Gamarra para favorecer a la confederación peruano boliviana, que resultaba imposible en la

normativa de la Constitución de 1834 (Ramos Núñez, 2018, p. 53) y que establecía un régimen conservador; la Constitución de 1856, fue promulgada por Ramón Castilla luego del triunfo liberal en la batalla de La Palma (Ramos Núñez, 2018, p. 61) que da cuenta del enfrentamiento bélico que se suscitaba entre los grupos políticos, de corte liberal y de corte conservador, otra costumbre instaurada en nuestro país que se encontró detrás del acceso de diversos grupos políticos al ejercicio del gobierno; el enfrentamiento, consenso o imposición de los partidos políticos han originado la dación de las diversas constituciones de nuestro país, la Constitución Moderada de 1860 que buscaba dar un equilibrio al enfrentamiento entre liberales y conservadores, la impronta de la Constitución Liberal de 1867 y su pronta interrupción en 1868 y la vuelta de la Constitución de 1860 cuya vigencia se prolongó casi 60 años hasta la dación de la Constitución de 1920 que marcó un cambio hacia un sistema preocupado por los integrantes del pueblo, alejándose de la preocupación solo por los intereses aristocráticos, pero que fue también una copia de un sistema extranjero, el constitucionalismo nacional de Querétaro de 1917; lo mismo con el cambio por la Constitución de 1933 que fue el producto del debate del Congreso Constituyente de 1931 y la Constitución de 1993 que fue producto del debate del Congreso Constituyente del mismo año; tal vez, la única excepción que se presenta al respecto, es la Constitución de 1979 que es el producto de una Asamblea Constituyente convocada

en 1978, pero siempre desde la plataforma de la democracia representativa.

Todo ello denota que las Constituciones en el Perú, han sido el producto de la elaboración individual de algún conocedor, un caudillo, o uno o varios grupos políticos, basados en ideologías extrañas e influenciados por estas, que confían que la dación de un texto constitucional supone la solución para la lesión de los derechos de los ciudadanos peruanos pero que, dada la falta de nota en las necesidades reales de la población, no han sido más que un intento momentáneo frágil ante los cuestionamientos de grupos políticos posteriores con pretensiones de derrocar el texto constitucional vigente para reemplazarlo por uno posterior. Como se puede observar de los actuales movimientos políticos y grupos económicos que ven en el cambio de la Constitución de 1993, una solución para los impases sufridos por la sociedad peruana, sin caer en la cuenta que, de lograr su cometido sin contar con un verdadero sentimiento constituyente, esta nueva Constitución sería otra vez el reflejo de las voluntades antojadizas de quienes ejercen el poder coyunturalmente y, por tanto, puede augurársele el mismo destino que sus predecesoras.

3.1.3. El respeto de la función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones

Así, debe mantenerse la idea y debe hacerse una práctica, que las Constituciones democráticas resulten de la “conquista cultural” (Häberle, 2001, p. 2) como el resultado de los procesos culturales que se presentan de manera diferenciada en cada sociedad; al respecto, en nuestro caso hemos de preguntar si ¿es posible argumentar que las Constituciones peruanas son el resultado de conquistas culturales o de las pretensiones de los políticos peruanos por formar parte de la llamada civilización occidental?; dado que, nuestras Constituciones, incluso la última, pretenden que la población se haga y acostumbre a las figuras en esta reguladas y olvidan que es dicha población y sus convicciones la que debiera encargarse de constituirlos.

Nótese que, una comprensión material del derecho constitucional que no se fija únicamente en los organismos del Gobierno, sino, principalmente en el pueblo como elemento del Estado y en su cultura como su elemento dinámico; posibilitaría la construcción de figuras propias, pero, principalmente, esputaría principios que no le son necesarios a nuestra sociedad por no gozar de legitimidad; por más pretensión universal que estos tengan.

Puesto que las antiguas posiciones liberales, mantienen vigencia en tanto no existan otros mecanismos igualmente eficientes para la

limitación en el abuso del poder, en los que se podría incurrir, incluso bajo los postulados del Estado Constitucional; por lo que, la democracia debe también desarrollar nuevos mecanismos para hacerse patente, dado que no basta con preferir lo que quieran las mayorías, pero tampoco puede dejarse a la elección de unos pocos grupos de poder el contenido de los derechos humanos o de los principios fundantes, así como tampoco, de la administración o la jurisdicción.

3.2. PROPUESTA *IUSFILOSÓFICA* Y TEÓRICA QUE DELIMITA LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL FIJAR EL CONTENIDO MATERIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.2.1. Obligación del Tribunal de verificar la moral positiva antes de fijar el contenido esencial de los derechos fundamentales

La dinámica de la moral positiva o moral social, innegablemente, a pesar del eterno enfrentamiento entre naturalistas y positivistas, siempre podrá ser verificada materialmente en la sociedad misma, así como, con el sustento teórico de la existencia de un constituyente.

Para explicarlo mejor, la propuesta ilustrada de que el poder surge del pueblo, de la que se abundará en el siguiente acápite, en realidad nunca constituyó un presupuesto ideológico para el planteamiento de la teoría del contrato o del pacto social, tanto Hobbes, como Locke y Rousseau, lo que hicieron fue traducir sus observaciones acerca de lo que ellos concebían como la naturaleza del hombre e,

independientemente de si le tenían como un lobo de los demás hombres o como una *tabula rasa*, lo cierto es que encontraban la solución para mitigar su maldad o para complementar su formación en la sociedad con los demás hombres.

Pues bien, ese vivir en sociedad genera acuerdos o convenciones respecto de comportamientos sociales, en cuanto a valores orientados para la convivencia y, a partir de ello, respecto de la construcción de una cultura basada en concepciones propias del grupo, costumbres arraigadas, reglas de control social y reconocimiento de derechos o libertades fundamentales; todo lo cual se va tornando de social a político y de político a jurídico.

Este es el proceso constituyente, que no consiste en un momento específico e identificable como lo pretendieron los autores clásicos, sino en una dinámica paulatina y evolutiva que reconoce algunos valores y desconoce otros, que aún dentro de los valores reconocidos recogen determinados contenidos y abandonan otros; proceso que no nace siendo jurídico, tampoco siendo político, sino social.

Todos aquellos contenidos y valores que van siendo reconocidos por los integrantes de una sociedad y aceptados por la mayoría, así como aquellos que son identificables y ejercidos por las minorías, vienen a constituir lo que se conoce como moral positiva o social; esta no cumple con reglas específicas y reguladas, no sigue siempre los mismos procedimientos, tampoco es defendida siempre por la

mayoría; no obstante, existe materialmente, puede ser registrada utilizando técnicas como la observación; utilizando un contexto de descubrimiento.

Este es el punto en que se unen las propuestas positivas acerca del contenido de la moral positiva, no admitida dentro de aquellos planteamientos como parte del Derecho e incluso ni siquiera como fuentes del mismo; con los planteamientos de la teoría de la argumentación en cuanto al contenido del contexto de descubrimiento, menospreciado también como un procedimiento para construir el Derecho.

Pues, tanto las posturas que rechazan a la moral positiva como componente del Derecho como los que desmerecen al contexto de descubrimiento como un proceso obligatorio para construirlo, se equivocan cuando de Derecho Constitucional y de Constitución material estamos hablando.

Puesto que, la Constitución material se construye día a día, con las propias vivencias de los integrantes de la sociedad, es la población que vive en determinado territorio y que ejerce su poder soberano, no desde la platea del gobierno, sino en los quehaceres de la vida ordinaria; la que construye los contenidos y valores que componen a la constitución material, son Derecho en sí mismos y se instauran en las razones que subyacen al Derecho formal.

Es la Constitución material una expresión de la moral positiva o social y preexistente al reconocimiento como disposición normativa

o norma formal, no por el hecho de ser valores o contenidos naturales, no por preexistir al hombre mismo o ser parte de su naturaleza inmanente; sino por gestarse en las convenciones sociales simples, espontáneas, en el desenvolvimiento de la vida de los pobladores.

Ello no tiene nada de natural, es claramente artificial, puesto que requiere del moldeamiento del hombre, requiere de luchas constantes a nivel magno o con meras minucias, pero dinámicas, interactuantes, vivas y, por tanto, sumamente importantes puesto que dotan de legitimidad a las figuras, instituciones, valores y derechos que se construyen primero a nivel social.

Resulta sumamente lesivo que, a nivel gubernamental, nuestros organismos autónomos, aquellos que hacen constitución, pretendan desarrollarla olvidando la moral positiva, sentando una moral crítica sesgada, utilizando un contexto de justificación abstracto, general, divorciado muchas veces de la realidad, de las necesidades de la población, de su cosmovisión, de su cultura, de su interacción.

Es condenable, en consecuencia, que se pretenda crear una constitución material formal cuando se establece que el contenido de la misma depende de la aceptación, suscripción y ratificación de tratados internacionales en virtud del artículo 55 de la Carta Magna y de su cuarta disposición transitoria y final, así como con el reconocimiento de derechos que realiza en sus fallos el Tribunal Constitucional.

Pues bien, ni el convencionalismo ni el constitucionalismo abstracto, divorciado del sentir y necesidades de la sociedad, hacen derecho, no cuando la construcción de sus contenidos responden a la actuación procedimental de hombres de Derecho, de jurisconsultos, que conocen mucho de principios reconocidos, de disposiciones normativas, de conceptos o contenidos abstractos, pero poco se han interesado en conocer las necesidades, pareceres, concepciones y vivencias de la población a la cual va dirigida la interpretación y reconocimiento del derecho fundamental o la mutación de su contenido.

Es por ello que, desde la perspectiva de la presente investigación, cada vez que el Tribunal Constitucional, organismo autónomo auto facultado para hacer constitución y, específicamente, para amoldar el contenido de los derechos fundamentales, tenga la responsabilidad de realizar primero un análisis de la constitución viva para construir un contexto de descubrimiento previo al ejercicio argumentativo que determine su moral crítica y geste su contexto de justificación para reconocer un derecho fundamental o su contenido remozado.

Asimismo, es menester que esta función sea muy excepcional y responda únicamente a la casuística en la que se torne estrictamente necesario identificar un nuevo derecho fundamental o un nuevo contenido del mismo a la luz de las necesidades sociales, de la verificación material; de no ocurrir ello, no debe permitirse a los

magistrados fungir como constituyente, puesto que no cuenta con legitimidad para ello, ni formal ni materialmente hablando, dado que no es el texto constitucional el que les ha designado dicha función, tampoco la actuación de un constituyente, sino su Ley Orgánica y su propia jurisprudencia.

Tamaño atentado contra la democracia y la teoría de los derechos fundamentales el pretender que la voluntad de siete se sobreponga ante la voluntad del pueblo y, lo que es peor, que tales siete pretendan irrogarse facultades que teórica y factualmente le corresponden a los integrantes de cada sociedad, como si su sapiencia fuese mayor a las necesidades materiales de la población.

3.2.2. La obligación del Tribunal de tener en cuenta el contenido material de los derechos fundamentales, derivado de la dinámica constitucional

Es aquella dinámica material planteada en el punto anterior la que nos deja ver el error en el que se cae al considerar que los derechos humanos son universales, preexistentes al reconocimiento del hombre y que se desprenden de su naturaleza; no puede existir postura más fatua que esa, puesto que seguir tal doctrina sería tanto como aceptar que las iniquidades que otrora se entendían como derechos subjetivos o libertades fundamentales de uno pocos en detrimento de otros pocos o muchos, eran tales por desprenderse de la naturaleza misma del ser humano o porque se encontraban

dispersos en la naturaleza para que sean recogidos por los jurisconsultos.

Ello no ocurre así, puesto que creer en ello nos llevaría a dos planteamientos igualmente problemáticos; si tales valores se pueden identificar de la naturaleza misma del ser humano, han de ser recogidos y traducidos hacia el mundo constitucional, ¿Quiénes son los facultados para percibirlos y traducirlos en Derechos?, ¿solo uno cuantos tienen la posibilidad de tal comprensión omnipotente o es que acaso cualquier hombre se encuentra en dicha capacidad?

Pues, si señalamos que son los jurisconsultos los únicos seres superdotados para reconocer tales valores materialmente aportados, hemos de estar sujetos a su arbitrio, o la población deberá confiar ciegamente en su sapiencia para interpretar tales valores preexistentes e imponerlos al resto de la sociedad, así como, tal población deberá confiar en la probidad de aquellos a efectos de que no se vean tentados a anteponer intereses propios en la determinación de tal contenido, incluso, de que no se vean tentados a favorecer intereses particulares por saciar apetitos personales.

Por otro lado, pretender que el contenido de los derechos humanos es universal, nos lleva a creer que los reconocimientos realizados en el Derecho Convencional deben ser aplicados obligatoriamente como parte de nuestro derecho constitucional nacional y, aunque el querer de la población de cada Estado sea distinto, deba verse sometido a lo que internacionalmente se conbice correcto.

Situación que, nuevamente, involucra la afectación de la constitución material que no se construye en abstracto, que no puede ser impuesta teniendo en cuenta elucubraciones generales, sino que requiere de la constatación fáctica, del recojo de información acerca de la moral positiva que se crea en la sociedad; es por ello que el contenido de los derechos fundamentales es relativo, puede compartir elementos con sociedades distintas, pero nunca puede ser absolutamente igual.

Las concepciones de los seres humanos, las costumbres que van adquiriendo, la cultura que desarrollan, los intereses que les acompañan y las necesidades que les surgen, no son las mismas en todas las sociedades, las personas no son autómatas con programaciones determinadas para ejercer el mismo comportamiento o para compartir las mismas concepciones, sino que, a partir de sus experiencias individuales y con la interacción de las mismas en sociedad, adquieren una comprensión propia de los fenómenos naturales y sociales que transmutan en normas sociales, luego en exigencias políticas y, finalmente, en disposiciones normativas superiores.

De ahí que se diga que el contenido de los derechos fundamentales no es absoluto, no es universal, no es inmutable; sino que es relativo a un tiempo o época, a un espacio o territorio determinado, se alimenta de la cultura de la sociedad como elemento dinamizador y

posibilita un ejercicio diferenciable del poder soberano por cada población.

Concepto que se relaciona con la idea de nacionalidad, de arraigo, de vivencias; constructos que fundan la constitución, aquella norma que se establece como el fundamento para el resto del ordenamiento jurídico, no por constataciones formales de validez, no por seguir procedimientos ordenados y preestablecidos para su conformación, sino por expresar la voluntad popular.

Ahora, esto no significa que cualquier querer de la población será reconocido por la población, tampoco que toda necesidad invocada por sus integrantes constituye una necesidad legítima o admisible por el Estado; sino que, determina el primer paso a seguir para reconocer la moral positiva, luego del cual, se hace necesario llevar un registro ordenado a través de la actuación del contexto de descubrimiento, para finalmente, construir una moral crítica con la interacción entre los diferentes ámbitos del Derecho.

Es decir, antes de desplegar su función normativa de contenidos constitucionales, que en realidad involucra un mero reconocimiento de la constitución material, el Tribunal Constitucional ha de tomar conocimiento de la moral positiva a través de la construcción del contexto de descubrimiento, pero no todo lo recogido puede convertirse en Derecho en sentido normativo, sino que, ha de pasar por un tamiz impuesto por los antiguos constructos, por los dogmas ya reconocidos, a efectos de hallar consistencia entre lo descubierto

y lo que ya es jurídico tanto desde el ámbito axiológico, como desde el ámbito normativo mismo; luego de lo cual, armado el contexto de justificación, se logre construir una moral crítica que se instaure como la sustancia detrás del nuevo reconocimiento normativo.

3.2.3. La obligación del Tribunal de respetar las disposiciones del constituyente permanente y de la constitución material como producto de la interacción de los elementos del Estado

También la Teoría de la Constitución, como ocurre con otras teorías jurídicas y políticas, deriva de los constructos de la teoría del Estado, mismos que han buscado resolver el problema del abuso de poder político, definir la forma más eficiente de tutela de las libertades fundamentales y, con ello, establecer un cuerpo y procedimiento organizacional de la sociedad a partir de una respuesta política adecuada y relativa a los conceptos de república y democracia, desde sus inicios y, poder constituyente y Constitución, con la evolución del concepto mismo de esta última.

Todas estas elucubraciones, más filosóficas que teóricas, presentaron una nueva opción al tipo de organización conocida hasta el siglo XVIII, originando así las bases para la construcción y materialización del denominado Estado Liberal, mismo que fue el resultado de la evolución del pensamiento en materia de la titularidad y uso del poder del Estado; pensamientos tales como el de Maquiavelo (2012) que aleccionaba sobre los géneros de principados que existen y los motivos por los que se adquieren, por

ejemplo, la adquisición por herencia (pp. 30-31) o por soberanía mixta (32-44); así como las maneras para adquirir y mantener el poder que varía según sea por la confianza del pueblo como ocurre con el principado civil (pp. 72-76), por el uso mismo de la fuerza (pp. 56-65) o, por maldades (pp. 66-71). Nótese que la descripción de Maquiavelo corresponde a las constataciones reales de los fenómenos políticos que se presentaban en su época, a fines del S. XV e inicios del S. XVI, las cuales recopiló con un propósito instructivo para un príncipe en particular, Lorenzo de Medici (García Jurado, 2013).

El caso de Maquiavelo, fue más el resultado de una investigación, podría decirse empírica, de las maneras como se presentaba el uso del poder, a partir de la cual extrajo enseñanzas para usanza del príncipe, manteniendo el statu quo en dicho uso irrestricto del poder que este tenía, confundiendo el Estado con su gobierno, todavía con el esquema del absolutismo, del que le costó despegarse, incluso a Hobbes (2017) cuando discurrió sobre la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, puesto que la propuesta de pacto social que traía consigo, despojaba de poder a los integrantes de la población, para trasladárselo a la nobleza o al principado, aunque, reconoció que el origen del poder se encontraba en esa misma población, no en el encargo divino (pp. 141-145); idea de pacto o contrato social que fue seguida por Rousseau (2012), aunque ya no basado en el constante estado de guerra de los

hombres, sino en su capacidad para socializar y tomar acuerdos (pp. 54-57).

La propuesta del Contrato Social, ubicaba el origen del poder en el pueblo política y jurídicamente organizado, mecánica que genera, a su vez, al Estado Civil (pp. 60-61) por el que “el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar, ganando, en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee” (p. 60), consiguiendo con ello una organización desprendida del pueblo y eficiente para el beneficio del mismo pueblo; es en este sentido que Rousseau define el contenido de la soberanía, como “el ejercicio de la voluntad general” (p. 65), voluntad del Pueblo que “jamás debe alienarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo” (p. 65); de lo que se desprende que dicho soberano es el pueblo, no sus representantes y que, estos deben todas sus actuaciones al beneficio de aquel.

Ideas que no se verían completas sin los aportes de Montesquieu (1906) en el *Espíritu de las Leyes* que, entre muchos otros desarrollos ideológicos y filosóficos, planteó la necesidad del establecimiento de leyes para acabar con el doble estado de guerra en el que se encontraban los hombres (p. 16), es así como surgen las leyes positivas en el mapa de la denominada teoría del Estado, mismas que, en conjunto conformaban el derecho de gentes - entre pueblos -, el derecho político - entre gobernantes y gobernados - y

el derecho civil - entre ciudadanos – (pp. 16-17); analizó estas leyes en función a la naturaleza del gobierno (pp. 20-35) y, dentro de estas, las leyes relativas al gobierno republicano y propias de la democracia, “en donde el pueblo en cuerpo ejerce el poder soberano” (p. 21); resulta necesario, imperativo, que sea ejercido en un contexto de separación de poderes, puesto que:

Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares. (p. 228)

La separación de poderes, aquel paradigma que pretendía evitar el abuso del poder y cuyas figuras se mantienen hasta hoy dentro de los textos constitucionales, incluyendo el texto constitucional peruano; fue otro de los aportes ideológicos, que justificaron el derrocamiento del *ancien régime* por la forma de Estado Liberal que, con algunos visos, se mantiene hasta hoy y sigue rigiendo diversos desarrollos teóricos, como ocurre con la teoría de la Constitución, que “tiene por objeto el tipo de las Constituciones democráticas, tal y como se han implantado en el mundo libre (...) sus contenidos y procedimientos esenciales, pero no en la profundidad de sus manifestaciones particulares” (Haberle, 2001, p. 1).

Pero, ¿Es posible hablar de Constituciones democráticas?, en el sentido etimológico y coloquial de “gobierno del pueblo” (Eto Cruz,

2015, p. 102), la teoría de la Constitución en su sentido general, sí lo admite, es más, este es el ideal; empero, ¿solo hace falta conocer la teoría para entender que un sistema funciona como debiere?, no, es necesario caminar hacia la constatación fáctica, vale decir que, para el debido funcionamiento de un Estado Constitucional, hace falta conocer los elementos de la teoría del Estado y, con ellos, de la teoría de la Constitución, pero con estos, sumergirnos en la profundidad de cada manifestación particular de la denominada Constitución democrática y, así, descubrir si la cualidad que se le atribuye en abstracto, tiene asidero en concreto; esa es la tarea propuesta para este documento respecto del ordenamiento constitucional peruano.

Las formulaciones teóricas clásicas de la Teoría del Estado y de la Teoría de la Constitución, son generales y pasibles de ser aplicadas a los Estados y Constituciones de manera particular; no obstante, no constituyen cláusulas obligatorias, sino lineamientos que bien podrían o no ser aplicados en virtud de la particular organización política y jurídica de cada Estado.

El pueblo no ha dejado de ser el titular del poder soberano en las consideraciones teóricas, empero, no es posible señalar ello cuando se habla del pueblo como poder constituyente en el Perú, puesto que sus constituciones han sido siempre el producto de apetitos privados y, en tanto, no se posibilite la participación de la población en la mecánica constituyente originaria, los derechos de los mismos van

a ser dejados en segundo plano por privilegiar los intereses de unos pocos.

Con ello, una manera de tutelar efectivamente los derechos de las personas, se presenta con la modificación de la concepción de Constitución formal, hacia una mirada material de la misma, lo que implica la participación de la población en su construcción sin necesidad de ejercer una actuación política concreta, sino dentro de su propio desenvolvimiento social, a manera de un constituyente permanente que genera decisiones políticas fundamentales aun en situaciones ordinarias; mismas que deben ser anotadas por los organismos y órganos competentes para fijar el contenido de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

- A. La verificación obligatoria de la moral positiva como presupuesto de la moral crítica constituye el constructo *iusfilosófico* que sienta las bases para la determinación funcional y dogmática de los derechos fundamentales en el contexto del Estado Constitucional de Derecho.
- B. La aceptación de la relatividad en el contenido de los derechos fundamentales, así como de la interrelación entre la cultura y costumbres de una población como elemento dinámico constituyente componen la teoría del contenido material de los derechos fundamentales.
- C. El reconocimiento de la voluntad popular como sustento material de la actuación constituyente y de la actuación de los organismos de gobierno confirman los presupuestos teóricos que delimitan la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional.
- D. El Tribunal Constitucional cumple una función de representación que acompaña a todo órgano u organismo constitucional que obliga a tener en cuenta la dinámica constituyente en el desempeño de sus funciones.

RECOMENDACIONES

- A. Se recomienda al Poder Legislativo que, a través del mecanismo autorizado por el artículo 206 de la Constitución Política del Perú, se modifique el texto constitucional a efectos de puntualizar la facultad de interpretación del contenido de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, limitando tal potestad a los casos en los que se realice un estudio de la moral positiva peruana antes de determinar dicho contenido.
- B. Se recomienda al Tribunal Constitucional, restringir su ejercicio factual de construcción del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, para conseguir que este sea la real expresión del constituyente y no únicamente el ejercicio argumentativo jurisdiccional desde el plano abstracto.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica* (Tercera ed.). (P. P. Grández Castro, Ed., M. Atienza, & I. Espejo, Trans.) Lima: Palestra Editores.
- Altuve-Febres, F. (2005). La Constitución de 1823. Una ilusión de una República Ilustrada. *Pensamiento Constitucional*, 435-461.
- Arango Rivadeneira, R. (2016). *Realizando los Derechos, su filosofía y práctica en América Latina*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea*. Madrid: Gredos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Resolución 217 A (III). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris, Paris, Francia: Naciones Unidas.
- Atienza, M. (1993). Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. *Colección el Derecho y la Justicia*, 227-266.
- Atienza, M. (1994). *Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Madrid: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Austin, J. (2009). *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Wilfrid E. Rumble. Cambridge University Press.

- Ávila Santamaría, R. (2009). Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, 775-793.
- Baratta, A. (1977). El Estado de Derecho. Historia del Concepto y Problemática Actual. *Sistema, Revista de Ciencias Sociales N.º 17*, 11-23.
- Barranco, M. D. (2009). *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*. Lima: Palestra editores.
- Bentham, J. (1990). *Falacias Políticas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bidart Campos, G. (1993). Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos. *Ius et veritas*, 9-25.
- Boco, R., & Bulanikian, G. (2010). Derechos humanos: universalismo vs. relativismo cultural. *Alteridades*, 20 (40), 9-22.
- Bodin, J. (1997). *Los seis libros de la república*. Madrid: Tecnos.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, S.A.
- Bourdieu, P., & Teubner, G. (2005). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.

Bourdieu, P., & Wacquant, L. (1992). *Una invitación a la reflexión sociológica*.

Chicago: The University of Chicago Press.

Bulygin, E. (2009). Mi visión de la Filosofía del Derecho. *Doxa* 32, 85-90.

Bustamante Alarcón, R. (2018). El Estado de Derecho: Problemas, perspectivas, contenido y modelos. *VOX JURIS* (36) 2, 21-36.

Cajica Lozada, G. (2000). Algunos conceptos, distinciones y aspectos interesantes en la tesis positivista de la separación entre derecho y moral. *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, 121-134.

Caso Azanca Meza García, EXP. N.º 2945-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 20 de Abril de 2003).

Caso Beatriz Huatuco Huatuco, 05057-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de Abril de 2015).

Caso Nicolas Urbieto, 11/1981 (Tribunal Constitucional Español 25 de abril de 1981).

Castillo Córdova, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 89-118.

Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

- Faber, R. (2008). The Austrian Constitutional Court – An Overview. *Vienna Online Journal on International Constitutional Law*, núm. 1, págs. 49-53.
- Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista española de derecho constitucional*, 195-247.
- Fernández Segado, F. (s.f.). El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: cronica de un fracaso anunciado. *Pensamiento constitucional*, 401-443.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. VV. AA. *Neoconstitucionalismos, Colección Estructuras y Procesos*, 13-29.
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 15-31.
- Ferrajoli, L. (2008). Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 35-45.
- Ferrajoli, L. (2016). *Derechos Fundamentales. Democracia Constitucional y Garantismo*. Lima: Iran RZ Business Company S.A.C.
- Foucault, M. (1980). *Microfísica del poder*. Madrid: Edissa.
- García Inda, A. (2001). INTRODUCCIÓN la razón del derecho: entre habitus y campo. En P. Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales* (págs. 9-60). Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, S.A.
- García Jurado, R. (2013). Maquiavelo y los Médicis. *Polis*, 9(2), 151-175.

- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Arequipa: Editorial Adrus, S.R.L.
- García Villegas, M. (1989). El Derecho como instrumento de cambio social. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (86), 30-44.
- Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. (s.f.). *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Lima: Consejo Nacional de la Magistratura.
- González Casanova, J. (1983). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona: Vicens.
- Guastini, R. (2011). Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico. En J. Ferrer Beltrán, & G. Ratti, *El realismo jurídico genovés* (págs. 81-115). Madrid, Barcelona y Buenos Aires: Marcial Pons.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Haberle, P. (2003). *El Estado Constitucional de Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Hart, H. A. (1978). Morality and Reality. *The New York Review of Books*, 35-38.
- Hart, H. L. (1982). *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. (1986). Who Can Tell Right from Wrong? *The New York Review of Books*, 49-52.
- Hart, H. L. (1998). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Heller, H. (2017). *Teoría del Estado*. New York, México: Aspen Publishers, Fondo de Cultura Económica.
- Herrero de Egaña Pérez, B. (2014). *¿Los derechos humanos son universales o una creación puramente universal?* Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA).
- Hobbes, T. (2017). *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ibnu Asa, A., Munir, M., & Murti Ningsih, S. (2021). Nonet and Selznick's responsive law concept from a historical philosophy perspective. *Jurnal Crepido. Volume 03, Nomor 02*, 96-109.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba).
- Liza Corona de la Peña, C. (2021). Universalismo y relativismo en los derechos humanos. *Initio*, 13-20.
- Locke, J. (2018). *Carta sobre la tolerancia. Segundo tratado del gobierno civil*. México: Partido de la Revolución Democrática.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.
- López Núñez, J. L. (2020). La teoría del estado, la teoría de la constitución y otros artificios en la historia constitucional peruana. *Quaestio iuris*, N° 8, 37-52.

- López Núñez, J. L. (15 de julio de 2021). Visita a la comunidades Awajún.
Bagua, Amazonas, Perú.
- López Pina, A. (2007). La autonomía privada y los derechos fundamentales.
Los intereses generales, mandato constitucional. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 145-173.
- Mackie, J. (1990). *Ethics. Inventing Right and Wrong*. England: Clays Ltd.
- Maquiavelo, N. (1999). *El Príncipe*. Madrid: elaleph.com.
- Martínez Estay, J. I. (2005). El sistema europeo-continental de justicia constitucional: El control de constitucionalidad en la Unión Europea. *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 2. ISSN: 0718-0195, 51-83.
- Massini Correas, C. (2016). *Los Derechos Humanos en el pensamiento actual*. México: Universidad Panamericana. Novum.
- Miranda Alonso, T. (2002). *Argumentos*. Valencia: Marfil.
- Morales de Setién Rabina, C. (2005). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. En P. Bourdieu, & G. Teubner, *La fuerza del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de las Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
- Mortati, C. (2001). *La constitución en sentido material*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Mosterín, J. (2013). *Ciencia, filosofía y racionalidad*. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A.

Mouffe, C. (2020). *The Return of the Political (Radical Thinkers)*. London: Verso.

Nash Rojas, C. (2006). Los derechos fundamentales: el desafío para el constitucionalismo chileno del siglo XX. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano* , 1303-1333.

Nino, S. (1993). Derecho, moral, política. *Doxa-14*, 35-46.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Nogueira Alcalá, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. *Revista Ius et Praxis*, 11 (2), 15-64.

Nonet, P., & Selznick, P. (2001). *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Río de Janeiro: Revan.

Olano García, H. A. (2006). ¿Qué es una Constitución? Reflexiones a propósito del "boterismo constitucional". *Díkaion*, 136-153.

Olano Valderrama, C. A., & Olano García, H. A. (2000). *Derecho Constitucional General e instituciones políticas. Estado social de Derecho*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Pablo Reza, J. (2020). Una aproximación sobre el universalismo de los derechos humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXX, Número 277*, 1097-1127.

Pacheco Mandujano, L. A., & Almanza Altamirano, F. (2018). *Razonamiento Lógico y Argumentación Jurídica* . Lima: Ideas Solución Editorial.

- Palomino Manchego, J. F. (2017). El Tribunal Constitucional de Austria y su influjo en los ordenamientos iberoamericanos. En E. Ferrer Mac-Gregor, & R. Flores Pantoja, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (págs. 637-667). Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Parejo Alonso, L. (1981). El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 169-190.
- Peces Barba, G. (1995). *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo, Cuadernos y Debates, N.º 54*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Pérez Royo, J. (2000). *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L. (2002). La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. En M. Carbonell, *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales* (págs. 137-178). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- RAE. (5 de abril de 2022). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/din%C3%A1mico>
- RAE. (5 de abril de 2022). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <https://dle.rae.es/contingente?m=form>

- Ramos Núñez, C. (2018). *La letra de la ley. Historia de las Constituciones del Perú*. Lima: Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales.
- Reale, M. (2002). *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Recasens Siches, L. (1973). Las funciones del derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 113-118.
- Rengifo Castañeda, C. A., Wong Jaramillo, E. M., & Gregorio Posada, J. (2013). Pluralismo jurídico: implicaciones epistemológicas. *Inciso*, 27-40.
- Rogers, W., & Wrigth-Carozza, P. (1995). *La Corte Suprema de Justicia y la Seguridad Jurídica*. Buenos Aires: Abaco.
- Rousseau, J.-J. (2012). *El contrato social*. Madrid, México, Buenos Aires, San Juan, Santiago, Miami: Edaf.
- Salazar Laynes, J. U. (s.f.). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos . *Foro Jurídico* , 142-152.
- Salcedo Céspedes, M. F. (2017). *Tensiones entre el Universalismo de los Derechos Humanos y el Relativismo Cultural entorno al derecho contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. Bogotá: Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Sieyès, E. (2007). *Escritos y discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Sucar, G. (2009). Regla de clausura y contingencia del derecho: sobre el positivismo jurídico y la existencia de lagunas. *ISONOMÍA*, No. 30, 145-177.
- Truyol y Serra, A. (1979). *Los derechos humanos*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Uriarte, E. (1997). El análisis de las élites políticas en las democracias. *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, 249-275.
- Vásquez, R. (2011). *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea*. México: Trotta.
- Weber, M. (1974). *Economía y sociedad*. México: Fondo de cultura económica.
- Zagrebelsky, G. (20 de marzo de 2013). *Instituto Vocatio Iuris, este Instituto Vocatio Iuris. Módulo de Procesos Constitucionales (cumplimiento, habeas data, proceso competencial y de acción popular)*. Obtenido de Del Estado de Derecho al Estado Constitucional:
<https://edwinfigueroaag.wordpress.com/2013/03/20/del-estado-de-derecho-al-estado-constitucional-gustavo-zagrebelsky-pdf/>
- Zaldívar Rodríguez, A. (2017). Constitución Material. Solución Jurídica al Conflicto entre Legalidad y Legitimidad. *Revista Facultad de Jurisprudencia RFJ No.2*, 233-256.