

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE POST GRADO**



Maestría en Ciencias

Mención: Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Tesis:

**“UTILIZACIÓN RACIONAL DEL PATERNALISMO JURÍDICO
COMO FUNDAMENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL”**

Presentado por:

Abogado: José Luis López Núñez.

Asesor:

Dr. Joel Romero Mendoza

Cajamarca – Perú

Febrero de 2015

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE POST GRADO**



Maestría en Ciencias

Mención: Derecho Constitucional y Derechos Humanos

TESIS:

**“UTILIZACIÓN RACIONAL DEL PATERNALISMO JURÍDICO
COMO FUNDAMENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL”**

Por: **José Luis López Núñez**

Comité Científico:

Dra. Marina Estrada Pérez
Presidenta

Mg. Christopher Quispe Cabrera
Segundo miembro titular

M.Cs. Nilo Román Romero
Primer miembro titular

M.Cs. Pedro Cerdán Urbina
Miembro accesorio

Dr. Joel Romero Mendoza
Asesor

Cajamarca, Febrero de 2015.

A:

Mi madre, porque es el primer amor verdadero que conocí en la vida y porque fueron su inteligencia y determinación las que me dieron el impulso para tomar este camino que, aunque intrincado, me ha dado muchas satisfacciones. Mi hijo, por cuyo bienestar, sin lugar a dudas, abandonaré cualquier proyecto personal; tal y como lo hizo mi madre.

“Un Estado que prescinde del pluralismo tiende aceleradamente al paternalismo, y de ahí a la adopción de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad.”

Diego Valadés.

CONTENIDO

PRIMERA PARTE: MARCO METODOLÓGICO UTILIZADO EN LA TESIS	14
CAPÍTULO I: ACERCA DE LO PROYECTADO	15
1.1. INTRODUCCIÓN	15
1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA IDENTIFICADA.....	17
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	23
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	25
1.5.1. Delimitación temática.....	25
A. Derecho Constitucional.....	25
B. Argumentación Jurídica	26
1.5.2. Delimitación espacial	26
1.5.3. Delimitación temporal.....	27
1.6. OBJETIVO PLANTEADO	27
1.7. HIPÓTESIS PROPUESTA.....	27
1.8. MARCO METODOLÓGICO PROPUESTO	29
1.8.1. Métodos de investigación	29
1.8.1.1. Método Analítico.....	29
1.8.1.2. Método Sintético	30
1.8.1.3. Método Inductivo	30
1.8.1.4. Método Deductivo	31
1.8.1.5. Método Dogmático.....	31
1.8.1.6. Método Teleológico	32
1.8.1.7. Método Dialéctico.....	33
1.8.2. Diseño de la Investigación.....	33
1.8.3. Técnicas e instrumentos de recopilación de información.....	34
1.8.3.1. Revisión Documental	34
1.8.3.2. Fichaje Bibliográfico.....	34
1.8.3.3. Análisis de Contenido	34
1.8.4. Diseño de Contrastación de Hipótesis.....	35
1.8.5. Unidad de análisis, universo y muestra	35

CAPÍTULO II: ACERCA DE LA EJECUCIÓN	37
2.1. RESPECTO DE LAS ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	37
2.1.1. Recopilación de la Información	37
2.1.1.1. Jurisprudencia.....	38
2.1.1.2. Normatividad	47
2.1.1.3. Hechos	49
2.1.1.4. Teorías y doctrina.....	50
2.1.2. Sistematización de la información.....	50
2.1.3. Interpretación de la información obtenida.....	51
2.2. RESPECTO DE LAS ESTRATEGIAS, ACTIVIDADES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA OBTENCIÓN DE DATOS.....	51
2.2.1. El principio de unidad de la Constitución (Sentencia TC, 2002)..	52
2.2.2. El principio de concordancia práctica	53
2.2.3. El principio de corrección funcional.....	53
2.2.4. El principio de función integradora.....	54
2.2.5. El principio de fuerza normativa de la Constitución	54

SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, A PARTIR DE LA TEORÍA DEL ESTADO	56
1.1. EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO ESTATAL.....	58
1.1.1. El fenómeno estadual en el imperio romano	61
1.1.2. El fenómeno estadual durante la poliarquía medieval.....	63
1.1.3. La lucha por el Poder Hegemónico	66
1.1.4. El tránsito de la Poliarquía a los Stati	69
1.1.5. Construcción de la idea: Estado	72
1.1.5.1. Tomás de Aquino	73
1.1.5.2. Nicolás de Maquiavelo	76
1.1.5.3. Jean Bodín.....	80
1.1.5.4. Thomas Hobbes.....	82
1.2. EL HITO DEL ESTADO LIBERAL	85
1.2.1. John Locke	86

1.2.2.	Montesquieu	91
1.2.3.	Emmanuel Kant	95
1.3.	IDEA DE NACIÓN EN UN INTENTO DE CONCILIAR LOS CONCEPTOS ESTADO Y SOCIEDAD	97
1.3.1.	Emmanuel Sièyes.....	97
1.3.2.	Johann G. Fichte (1762 - 1814).....	100
1.3.3.	Hegel	101
1.4.	TRÁNSITO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIALISTA.	104
1.4.1.	El Mito de la Revolución Francesa	105
1.4.2.	El Mito de la Revolución Democrática de 1848.....	106
1.4.3.	La Commune de 1871	107
1.4.4.	El Contra – modelo de Sociedad Capitalista	108
1.4.5.	Contra – modelo de Estado Liberal.....	110
1.5.	DEL ORIGEN DEL ESTADO LIBERAL CON JEAN JACOBO ROUSEAU	110
1.6.	EL ESTADO SOCIALISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE CARLOS MARX.....	114
1.7.	SOBRE EL ESTADO SOCIAL.....	116
1.8.	CARACTERES DEL ESTADO SOCIAL.....	118
1.9.	EL LLAMADO “ESTADO DE BIENESTAR”	119
1.10.	EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO 123	

CAPÍTULO II: EL PATERNALISMO JURÍDICO EN EL CONTEXTO DEL
ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO 131

2.1.	PATERNALISMO	131
------	--------------------	-----

CAPÍTULO III: EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES COMO PROTECTOR DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO..... 138

3.1.	Acerca del Núcleo Duro de los Derechos Humanos.....	138
3.2.	El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales	142
3.3.	El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales como Límite para la Utilización del Paternalismo	148

TERCERA PARTE: MARCO EMPÍRICO– Revisión jurisprudencial en Derecho interno y comparado –..... 152

CAPÍTULO I: ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL NACIONAL 153

- 1.1. CASO “FONAVI – 2014..... 155
- 1.2. CASO “LEY DEL SERVICIO CIVIL” 166
- 1.3. CASO “LEY DE REFORMA MAGISTERIAL”..... 175
- 1.4. CASO “LEY DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES” 180
- 1.5. CASO “SENTENCIA DEL TABACO” 186
- 1.6. CASO “FORMALIZACIÓN Y TITULACIÓN DE PREDIOS RURALES DE PUEBLOS INDÍGENAS” 218
- 1.7. CASO “PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE” 226
- 1.8. CASO “PROMOCIÓN DEL SECTOR AGRARIO” 234
- 1.9. CASO “CALLE DE LAS PIZZAS” 245
- 1.10. CASO “SOAT - 2004” 252

CAPÍTULO II: ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO COMPARADO 259

- 2.1. CASO “SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS - COLOMBIA” 259
- 2.2. CASO “SENTENCIA DEL TABACO - COLOMBIA” 264
- 2.3. CASO “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS - CHILE” 271
- 2.4. CASO “DERECHO A LA VIDA VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO - ESPAÑA” 280

CUARTA PARTE DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 294

CAPÍTULO I: DISCUSIÓN 295

- 1.1. La aseveración de que los criterios delimitados deben estar fundamentados en la no vulneración del núcleo duro de los derechos fundamentales..... 296
- 1.2. La obligación de revisión del artículo 2º de la Constitución Política del Perú en cada uno de los casos que se presenten a fin de cuidar que su intangibilidad no se vea afectada por la medida..... 301

1.3. La elaboración de un baremo para cada caso en el que se contrapese el grado de vulneración del derecho fundamental con el beneficio a obtener con la aplicación de la medida, de forma que el primero sea mínimo en comparación con el segundo	302
1.4. No utilización de interpretación constitucional extensiva para fundamentar la aplicación de una política paternalista o del paternalismo jurídico	303
1.5. El uso de la argumentación jurídica para favorecer la no utilización del paternalismo, lo que conlleva a su utilización en casos excepcionales	304
1.6. Procurar que la utilización del paternalismo jurídico sea racional y racionalizada.....	304
CAPÍTULO II: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	306
2.1. CONCLUSIONES	306
2.2. RECOMENDACIONES.....	308
LISTA DE REFERENCIAS	309

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: EXPEDIENTES QUE CONTIENEN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	24
Tabla 2: Caso FONAVI – 2014.....	134
Tabla 3: Inconstitucionalidad de la Ley N° 30057.....	143
Tabla 4: Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley N° 29944.....	148
Tabla 5: Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 29903.....	151
Tabla 6: Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28705.....	155
Tabla 7: Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089.....	178
Tabla 8: Recurso de Agravio Constitucional generado en el Proceso de Amparo contra el Ministerio de Salud.....	183
Tabla 9: Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360.....	188
Tabla 10: Inconstitucionalidad de Ordenanzas Municipales.....	195
Tabla 11: RAC por Proceso de Amparo contra el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC.....	199
Tabla 12: Inconstitucionalidad ante Corte colombiana.....	203
Tabla 13: Inconstitucionalidad ante Corte colombiana.....	208
Tabla 14: CASO “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS - CHILE”.....	212
Tabla 15: CASO “DERECHO A LA VIDA VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO - ESPAÑA”.....	218

AGRADECIMIENTOS

A mi asesor, Dr. Joel Romero Mendoza, pues sin su ayuda no se habría conseguido completar el presente trabajo.

A mis amigos cuyo apoyo diario ha sido un soporte excepcional en la elaboración de esta tesis.

RESUMEN

La asunción o presupuesto base de la investigación es el siguiente: “Aún no se han determinado los criterios que los magistrados del Tribunal Constitucional deberían utilizar para aplicar racionalmente el paternalismo jurídico como fundamentación de las decisiones tomadas en sus Sentencias”. A partir del estudio de las diferentes resoluciones jurisdiccionales que utilizan dicha figura jurídica, que es excepcional, notamos que los supuestos y criterios que utilizan para ello son muy diversos, lo cual, a pesar de tratarse del supremo intérprete de la Constitución, genera inseguridad jurídica en la aplicación de la jurisdicción constitucional. Así, nuestra investigación deberá responder: ¿Cuáles son los criterios que los magistrados del Tribunal Constitucional deben utilizar para aplicar racionalmente el paternalismo jurídico como fundamentación de sus decisiones?; por lo que nuestro objetivo principal estará orientado a determinar dichos criterios de manera que se consiga proponer una solución jurídica orientada hacia la no vulneración del núcleo duro de los derechos fundamentales, favoreciendo el bien común y la no afecte de la seguridad jurídica. Para ello hemos realizado un estudio no experimental, teórico, utilizando el método dogmático materializado con la técnica de la observación y revisión documental, además del aporte analítico del investigador característico de las investigaciones cualitativas.

Palabras clave: Paternalismo jurídico; racional; proporcional; Tribunal Constitucional; criterios.

ABSTRACT

The assumption or based research budget is as follows: "Not yet determined the criteria that the judges of the Constitutional Court should be used to rationally apply the legal paternalism as grounds for the decisions in their judgments". From the study of the various rulings that use that legal figure, which is exceptional, we noticed that the assumptions and criteria used for this are very different, which, despite being the supreme interpreter of the Constitution, creates legal uncertainty in the implementation of constitutional jurisdiction. So, our research must answer: What are the criteria that the judges of the Constitutional Court should be used to rationally apply the legal paternalism as a foundation for their decisions ?; so our main objective will be aimed at determining those criteria so as to get to propose a legal solution oriented hard core non-infringement of fundamental rights, promoting the common good and does not affect legal certainty. So we've made a non-experimental, theoretical study, using the method dogmatic materialized with the technique of observation and document review, in addition to the analytical approach characteristic of qualitative research investigator.

Keywords: legal paternalism; rational; proportional; Constitutional Court; criteria.

PRIMERA PARTE
MARCO METODOLÓGICO UTILIZADO EN LA TESIS

CAPÍTULO I

ACERCA DE LO PROYECTADO

1.1. INTRODUCCIÓN

La idea de la presente investigación, surgió a partir de una disconformidad académica, cívica, e inclusive personal, con el fallo mayoritario obtenido por el Tribunal Constitucional en la denominada Sentencia del Tabaco, en la que, por así decirlo, se reduce el contenido esencial del derecho a la libre determinación de la personalidad para proteger el derecho a la salud, en cuyo favor se regula acertadamente, los parámetros para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco.

Dicha disconformidad surge, en el entendido de que ambos derechos, libertad y salud, constituyen valores fundamentales que ostentan la misma fuerza y rango, y que la subyugación concreta de uno de ellos debe responder a la aplicación “óptima” de la interpretación constitucional y según los principios del contemporáneo Estado Constitucional de Derecho; lo cual, no fue llevado a cabo por el Tribunal Constitucional que prefirió sobrepasar los límites del núcleo duro del derecho a la libre determinación de la personalidad, a fin de impedir la probable epidemia de tabaquismo que terminaría por suponer gastos excesivos al Gobierno; fundamento principal que olvida el carácter tridimensional del derecho y que se funda en una eventualidad – que puede o no ocurrir –; tarea debemos dejársela al legislador, con las limitaciones del

caso, y no a un tribunal; pues debemos tener presente que a pesar de que cierta parte del derecho (derecho positivado) se basa en supuestos de hecho y es predominantemente abstracto, no puede construirse a partir de circunstancias inciertas como la probabilidad de presentación de un epidemia en el futuro, pues la norma jurídica debe responder a la adecuación del derecho al lugar y época en los que se desenvuelve, lo que implica que además de ser vigente y válida, deba ser eficaz.

Cualquier actuación contraria supondría la actuación del Gobierno, en falsa representación del Estado, vulnerando las libertades personales conquistadas a partir de la época liberal, cuya protección se le ha encomendado dado que significa el pilar de nuestra organización actual y su propia razón de ser; desembocando así, en la afectación del Estado Constitucional de derecho y la vuelta al Estado de Bienestar, es decir, propiciando el “paternalismo jurídico”.

En ese tenor, la presente investigación, tomando en cuenta el marco metodológico descrito en la primera parte del documento de tesis, busca realizar un estudio teórico dogmático de la teoría del Estado, aplicada al concepto de paternalismo jurídico que debe mantenerse en la actualidad, en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, tal y como se ha contempla en la segunda parte del documento de tesis; para finalmente llevar a cabo un estudio empírico tomando como base el desarrollo teórico dogmático ya señalado a fin de alcanzar un análisis cualitativo de las Sentencias del Tribunal Constitucional, como de describe en la tercera parte del documento de tesis;

con los que, se arriba a la cuarta y última parte de la tesis que contiene la discusión, conclusiones y resultados alcanzados.

1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA IDENTIFICADA

Como se ha señalado en el acápite anterior, la situación problemática fue identificada a partir del estudio de una de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad N° 32-2010-PI/TC, conocido como “Caso del Tabaco”, en la que se resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada por 5 000 ciudadanos contra el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco-, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517; sin embargo, no es asunto de interés para nuestros fines la totalidad de la sentencia, sino sólo el extremo referido al tema del paternalismo como fundamento para alcanzar su resolución.

En la referida sentencia, el acápite §5, que contiene los fundamentos del 43 al 63, se analizó si: “Limitar el acto de fumar teniendo como finalidad proteger la salud del propio consumidor de tabaco (paternalismo jurídico) ¿es una finalidad constitucionalmente válida?”; asunto que necesariamente lleva a tratar los temas del paternalismo y el perfeccionismo, como justificación o no, para adoptar la medida de limitar el acto de fumar.

En el principio, los magistrados son conscientes que es un principio o regla general no limitar la autonomía individual de las personas y que en un Estado

Constitucional y Democrático de Derecho está proscrita toda forma de paternalismo puesto que afecta, según ellos mismos refieren en su fundamento 43, la autonomía moral y la libertad de elección.

Como justificación de la fundamentación paternalista, siguiendo a Dworkin (fundamento 44) señalan que la interferencia en la libertad de acción de las personas está justificada por razones de “...bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores...”, por lo que deberían ceñirse a los límites establecidos.

En ese sentido, los magistrados hacen referencia al artículo 2°, inciso 1°, de la Constitución Política del Perú que regula el derecho al libre desarrollo a partir del cual deriva el libre desarrollo de la personalidad; al inciso 4° que regula la expresión, opinión y difusión del pensamiento y; al inciso 3° que trata sobre las libertades de conciencia. Todos estos garantizados por el Estado como Constituyente, a menos que afecten los derechos fundamentales de terceras personas; lo cual constituye un límite para la acción gubernamental, que se ve más acentuado si dicha acción se orienta a imponer una medida paternalista.

Por ello, los magistrados señalan un Estado constitucional esencialmente reconoce, incluso, el derecho a equivocarse; lo cual es una posición muy acertada ya que las equivocaciones son un factor muy importante para la formación de la personalidad en el ser humano; además de tratarse de un pensamiento que se encuentra acorde con el pluralismo cultural, social, político y económico que supone el Estado Constitucional de Derecho.

En consecuencia, la aplicación de una medida paternalista, según también se afirma en la referida resolución, deberá efectuarse única y exclusivamente en circunstancias excepcionales.

Es así que la sentencia en comento justifica el paternalismo jurídico en circunstancias que no terminan de estar del todo claras, ya que éste debe aplicarse únicamente cuando “...la persona, que va a ser sujeto de ella, por alguna razón tiene limitada, la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales” (Fundamento 56 de STC 00032-2010-PI/TC).

Es en este sentido que Garzón Valdéz (1988, pág. 172) nos dice que el paternalismo podría, en determinadas circunstancias, estar justificado, sin embargo, de ningún modo, esta justificación podría sobreponerse a los principios de igualdad y el respeto de la autonomía de la persona, reconociendo asimismo que han existido y existen formas de paternalismo fundamentadas principalmente en el particular punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes lo cual es llamado en la STC como “tiranía de valores”.

Ahora bien, en la discusión respecto del paternalismo, sus efectos, su necesidad y su pertinencia, Paulette Dieterlen (1988, pág. 178), reconoce un riesgo que, a la larga, podría significar, en uno y otro caso, políticamente peligroso, dicho riesgo se da en función de si un estado debe ser paternalista con la consiguiente

posible intervención y vulneración de derechos, o incurrir en ineficiencia, al menos respecto de cómo se podría observar por la población una actitud de este tipo, la cual podría incluso tomarse como irresponsabilidad.

Aparentemente, este riesgo y la naturaleza misma del paternalismo, tienen alguna relación con la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, que según el TC “facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o en su defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales” (Landa Arroyo, 2010, pág. 32); en ese sentido resulta de vital importancia plantearnos la posibilidad de si el paternalismo jurídico podría justamente garantizar la realización y eficacia plena de nuestros derechos fundamentales por parte del Estado, en cumplimiento estricto de la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, o si este paternalismo terminaría limitando nuestra libertad y capacidad de disfrutar de derechos como el derecho al libre desarrollo, autodeterminación, entre otros.

Además de lo hasta aquí mencionado cabe recalcar el alcance que reconoce el TC a la dignidad, en la mencionada Sentencia, respecto de lo cual cita lo contenido en la Constitución al reconocer ésta que la defensa y el respeto de la dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, reconociendo que dicha defensa y respeto se da como consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo (fundamento 53), sin embargo, a pesar de que ésta apreciación se da en función de validar cierto nivel de paternalismo

jurídico por parte del Estado, el otorgarle este reconocimiento al ser humano como un fin en sí mismo, como Kant lo ha dicho, podría al contrario de lo que pretende el TC, sugerir que el paternalismo en realidad es negativo respecto de los derechos fundamentales que se podrían estar afectando por parte del Estado.

Es cierto que hasta el momento, el análisis de la figura del paternalismo jurídico aparentemente sugeriría que este es en todo sentido un limitante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la investigación bibliográfica al respecto nos ha sugerido una serie de situaciones y ejemplos en los que el paternalismo no se inmiscuye de manera directa con los derechos al libre desarrollo o el de autodeterminación, más aún, nos propone situaciones en las que por tener una relevancia trascendental en políticas estatales el paternalismo de pronto no se dibuja como negativo, tal es el caso, por ejemplo, de la obligación de todos los ciudadanos que constituyen la fuerza laboral formal de nuestro país y que están obligados a depositar cada mes un porcentaje de su remuneración a un sistema de pensiones que le garantice, en un futuro, poder vivir de manera digna, claro está, garantizando también que éste no se convierta en un problema para el Estado si en cierta edad no podría sostenerse por sí mismo.

Este ejemplo nos presenta una imagen en la cual, el Estado de manera totalmente paternalista ha incluido en la legislación nacional un instrumento mediante el cual, todos los ciudadanos no podrán disponer de un monto de su

remuneración a fin de que ello le sirva en el futuro para poder sostenerse cuando no pueda formar parte ya de la fuerza laboral de nuestro país.

¿Esta obligación vulnera el derecho de autodeterminación de las personas, en función de no poder decidir sobre lo que haremos con la totalidad de nuestra remuneración? Aparentemente sí, ¿Vulnera además el derecho al libre desarrollo de la personalidad?, sí; sin embargo, no creemos que esta limitación estatal sea de manera alguna perjudicial para los ciudadanos, no nos podríamos oponer a la decisión aparentemente legítima del Estado de tener una política de previsión en materia de pensiones.

Entonces, ¿cuándo las políticas paternalistas son invasivas hasta el punto de convertirse en perfeccionismo jurídico?

El meollo del tema, se ubica, entonces, en determinar los criterios que se establezcan como límites a la actuación del Estado y, concretamente del Tribunal Constitucional, al momento de la aplicación del paternalismo tanto legalmente como jurisprudencialmente, lo que favorece su utilización acorde con los principios del Estado Constitucional de Derecho.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son los criterios que los magistrados del Tribunal Constitucional deben utilizar para aplicar racionalmente el paternalismo jurídico como fundamentación de sus Sentencias?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación encuentra su justificación en la diversidad de fundamentos esgrimidos por los magistrados del Tribunal Constitucional, que se encuentran registrados en sus Sentencias al hacer uso del paternalismo jurídico para resolver una situación de hecho que aparentemente afecta a la población, lo cual propicia inseguridad jurídica tanto para las personas que acceden a su jurisdicción para resolver un caso concreto como para la generalidad de la población pasible de ser juzgada con una diversidad de criterios que podrían concluir en sentencias también diversas e injustas; los criterios a proponer podrían constituirse en un instrumento importante para dotar de dicha seguridad jurídica, ahora inexistente, a las Sentencias del Tribunal Constitucional en los casos específicos.

Hemos de tener en cuenta que nos encontramos en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, el cual significa un paso delante de la simple concepción legalista del derecho y avanza hacia la comprensión de que el mismo es dúctil y, por tanto, exige una determinación específica para el caso concreto que se ha presentado ante la jurisdicción; sin embargo, dicha ductilidad no deja la resolución del caso al arbitrio judicial, sino que exige, al puro estilo *iusnaturalista*, fijar y aclarar los principios sustanciales en los que ha de fundarse la función jurisdiccional, cualquiera que ésta sea, incluido el Tribunal Constitucional, cuyos criterios para dar solución a los casos

ventilados ante si jurisdicción han de ser uniformes y no deben perder de vista el cúmulo de valores propios del referido Estado Constitucional.

1.5. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Delimitación temática

La presente investigación gira en torno a las disciplinas:

A. Derecho Constitucional

Puesto que se han estudiado los métodos de interpretación de la Constitución que utilizan los magistrados del Tribunal Constitucional para fundamentar y emitir sus fallos, así como la utilización por parte de los mismos del paternalismo jurídico propio del fenecido Estado de Bienestar, cuyos extremos terminaron causando inacción en la población respecto de

las determinaciones a tomar para su desarrollo personal, el mismo que redundaría en el desarrollo de su sociedad.

Respecto a esta disciplina, nos han sido de suma utilidad los conceptos desarrollados por el constitucionalismo contemporáneo, tales como la aparente contraposición entre la pluralidad cultural y los derechos humanos, el desarrollo del núcleo duro de los derechos humanos y del contenido esencial de los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico; entre otros pertinentes para la presente investigación.

B. Argumentación Jurídica

Disciplina-técnica de la que hemos obtenido las bases para determinar el razonamiento jurídicamente permitido para fundamentar la aplicación de instituciones jurídicas en un proceso jurisdiccional.

A partir de los postulados de esta disciplina hemos podido desarrollar una discusión en la que confluyen todas las doctrinas y teorías estudiadas; en ese sentido, hemos hecho uso de la Teoría del estado a fin de comprender el desarrollo histórico, el camino recorrido hasta la actual forma organizativa; de la misma forma, el momento central en el que el Paternalismo era aceptado y hasta obligatorio para los miembros del gobierno y; finalmente, la contrastación de esta simbiosis de principios en el Estado actual.

1.5.2. Delimitación espacial

Nuestra investigación no admite delimitación espacial específica puesto que la muestra a obtener a partir de sus unidades de análisis estará constituida por una “...muestra de casos-tipo...” (Hernández Sampieri, 2006, pág. 566) en los que se ha utilizado la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, en la que se ha fundamentado el fallo en virtud de perspectivas paternalistas, cuyo ámbito espacial es para todo el país; en segundo lugar, la segunda muestra estará conformada por la opinión de los expertos que ha sido plasmada en la doctrina jurídica que no admite ninguna delimitación espacial.

1.5.3. Delimitación temporal

Dado el carácter cualitativo de nuestra investigación tampoco es posible delimitarla temporalmente, puesto que la figura del paternalismo, llamada como tal tiene un origen determinado por lo que es longitudinal y hacer uso del método histórico en ese extremo.

1.6. OBJETIVO PLANTEADO

Determinar los criterios que los magistrados del Tribunal Constitucional deben utilizar para aplicar racionalmente el paternalismo jurídico como fundamentación de sus Sentencias.

1.7. HIPÓTESIS PROPUESTA

Los criterios que los magistrados del Tribunal Constitucional deben utilizar para aplicar racionalmente el paternalismo jurídico como fundamentación de sus sentencias son:

C1: La no vulneración del núcleo duro de los derechos fundamentales y el favorecimiento del bien común.

C2: El respeto de los principios establecidos en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú en cada uno de los casos que se presenten a fin de cuidar que su intangibilidad no se vea afectada por la medida.

C3: La consideración de un baremo preestablecido para cada caso en el que se contrapese el grado de vulneración del derecho fundamental con el beneficio a obtener con la aplicación de la medida, de forma que el primero sea mínimo en comparación con el segundo.

C4: La prevalencia de la intangibilidad del derecho afectado si es que la afectación es máxima y el beneficio mínimo.

C5: La no utilización de la interpretación constitucional extensiva para fundamentar la aplicación de una política paternalista o del paternalismo jurídico.

C6: El uso de la argumentación jurídica para favorecer la no utilización del paternalismo, lo que conlleva a su utilización en casos excepcionales.

C7: Procurar que la utilización del paternalismo jurídico sea racional y racionalizada.

1.8. MARCO METODOLÓGICO PROPUESTO

1.8.1. Métodos de investigación

Como ocurre con todas las investigaciones científicas, nuestra investigación ha hecho uso de los métodos: analítico, sintético, inductivo y deductivo, en los momentos en que resultaron necesarios; pero además, se han utilizado métodos de interpretación jurídica y, concretamente, de interpretación constitucional, a fin de comprender de una manera debida los temas relativos a la misma.

1.8.1.1. Método Analítico

Este método ha sido utilizado principalmente para el estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional, debido a que hizo falta llevar a cabo un estudio detallado de cada uno de los fundamentos, los mismos que han sido atomizados con la finalidad de conocer el más

mínimo detalle, el mismo que unido a las demás unidades autónomas constituyen el fundamento mismo de las sentencias; gracias a este método ha sido posible determinar si la estructuración de las sentencias en estudio responde a una composición sistemática, o si por el contrario, se trata de una amalgama desordenada de argumentos que resultan contradictorios entre ellos.

1.8.1.2. Método Sintético

Por otro lado, la síntesis ha sido utilizada para la integración nuestra propia teoría a partir de las teorías propuestas en los antecedentes; para ello hemos echado mano de las propuestas de la teoría del Estado y de los principios del Estado Constitucional de Derecho a fin de construir los criterios que el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta de manera previa a la determinación acerca de si una conducta o acto gubernamental deviene en paternalista.

1.8.1.3. Método Inductivo

Las sentencias estudiadas, son un número menor debido a su complejidad; sin embargo, son suficientes para determinar los criterios que hasta la actualidad el Tribunal ha tenido o no en cuenta para tomar sus decisiones; es a partir de estos casos específicos que se puede construir una teoría general acerca de los criterios que conviene o no tener en cuenta tanto por el Tribunal Constitucional,

como por el Gobierno mismo, a fin de no lesionar los principios del Estado Constitucional de Derecho con la aplicación paternalista de un derecho.

Sin embargo, hemos de advertir que dicho estudio jurisprudencial no agota los elementos de la investigación, puesto que debe complementarse con la investigación teórica acerca de la figura y su aplicación.

1.8.1.4. Método Deductivo

La deducción, por otro lado, ha sido utilizada para conjugar los conocimientos adquiridos a partir del estudio de casos con los conocimientos aceptados y reconocidos que se tienen acerca de la posibilidad de aplicación del paternalismo en un Estado Constitucional de Derecho; ello implica que, a partir del estudio de estos tratados generales, es posible obtener una fórmula para la propuesta de los referidos criterios a ser tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional al momento de resolver un caso de inconstitucionalidad planteado en contra de una norma con matices paternalistas y, por tanto, lesiva de las libertades personales.

1.8.1.5. Método Dogmático



Es el principal método utilizado en nuestra investigación, debido a que busca atenerse en los principios doctrinales como medio principal para interpretar el contenido que le otorga el constitucionalismo al núcleo duro de los derechos humanos y al llamado “contenido esencial” de los derechos fundamentales, debido a que son éstos los que se van a presentar como el límite al libre albedrío de los magistrados al tribunal, quienes deberán necesariamente de tener siempre presentes a los principios de interpretación constitucional y el ámbito sustancial del derecho fundamental para tomar una decisión motivada en el caso específico, de manera que se impida la aplicación irrestricta del paternalismo jurídico en las medidas administrativas, pero también en las decisiones jurisdiccionales.

1.8.1.6. Método Teleológico

Fundamental para la investigación, en cuanto lo que se busca en este trabajo es ensalzar los dos pilares fundamentales del Estado Liberal del cual deriva nuestro Estado Constitucional, estos son: la limitación en el ejercicio de las funciones propias del poder y, la consecuente protección de los derechos fundamentales a partir de dicha limitación del poder; estos son los fines de todo Estado desde la modernidad hasta la actualidad; claro está que, a ello hay que añadirle el respeto por la diversidad cultural imperante tanto en el interior de cada Estado, como respecto de un estado y otro.

1.8.1.7. Método Dialéctico

Adquiere importancia en el tercer momento de la tesis; pues, una vez interpretados los dogmas constitucionales, analizados los textos doctrinarios y obtenidos los resultados empíricos, los resultados obtenidos exigirán una confrontación entre ellos, lo que implica la obtención de una tesis y una antítesis respecto de la influencia del contenido esencial de los derechos fundamentales en la aplicación de una política paternalista y la posterior confirmación de parte del Tribunal Constitucional y, finalmente, una síntesis del contenido completo de la propuesta.

1.8.2. Diseño de la Investigación

El diseño de la presente investigación corresponde a un estudio explicativo, pues busca el porqué de los hechos, estableciendo relaciones de causa- efecto. Precisamente dicha relación se establecerá respecto de la regulación existente del beneficio de la semilibertad y los problemas fácticos que se presentan respecto de su otorgamiento y su aplicación; consecuentemente, la necesidad de establecer fundamentos que nos permitan ampliar dicha regulación.

1.8.3. Técnicas e instrumentos de recopilación de información

1.8.3.1. Revisión Documental

Debido a que el estudio es cualitativo y empírico, no experimental, una de las técnicas de recolección de datos ha sido la revisión de documentos que contienen la doctrina respecto al tema y, las Sentencias emitidas por los diferentes órganos de la jurisdicción constitucional, principalmente el Tribunal Constitucional peruano, amén de las teorías comentadas e interpretadas en el marco teórico.

1.8.3.2. Fichaje Bibliográfico

Ha sido utilizado en todo momento de la investigación, debido a que ha sido necesario consultar diversos tratados acerca de los temas involucrados en la tesis, tanto los que otorgan el marco general, como los que tratan en específico del paternalismo jurídico.

1.8.3.3. Análisis de Contenido

Se aplicó con cada método mencionado en el acápite anterior, según sus características específicas.

1.8.4. Diseño de Contrastación de Hipótesis

Definición Operacional de categorías

C1: La correcta determinación en las Sentencias del Tribunal Constitucional del Núcleo Duro de los Derechos Humanos y el Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.

C2: La aplicación del paternalismo jurídico en circunstancias excepcionales, cuando no afecta el referido Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales.

1.8.5. **Unidad de análisis, universo y muestra**

UA1: Políticas paternalistas adoptadas por el gobierno que han motivado procesos de inconstitucionalidad de las leyes.

UO: Archivos digitales referidos a las normas que contienen estas políticas paternalistas y las Sentencias que resuelven el pedido de inconstitucionalidad o, en su caso, de amparo.

UA: Archivos digitales referidos a las normas que contienen estas políticas paternalistas y las Sentencias que resuelven el pedido de inconstitucionalidad o, en su caso, de amparo.

M1A: Catorce de las Sentencias más representativas, de conformidad con la polémica causada y la importancia de los derechos fundamentales afectados con la regulación

paternalista. Diez de Perú, dos de Colombia, una de Chile y una de España.

M1B: La normatividad que generó los procesos a los que se refiere el punto anterior.

UA2: Doctrina referente a Teoría del Estado, Estado Constitucional de Derecho, paternalismo y contenido esencial de los derechos fundamentales.

UO: Archivos en soporte material y virtual que contengan la referida doctrina.

UA: Archivos en soporte material y virtual que contengan la referida doctrina.

M1: Archivos en soporte material y virtual que contengan la referida doctrina a los que se ha tenido acceso de conformidad con las posibilidades del tesista.

CAPÍTULO II

ACERCA DE LA EJECUCIÓN

2.1. RESPECTO DE LAS ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación tuvo tres etapas que han permitido la sistematización para el análisis de la información, debido a que ésta está constituida por material normativo, doctrinario, jurisprudencial y factual referente al estudio de la jurisprudencia constitucional, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

2.1.1. Recopilación de la Información

Como es de deducirse del acápite correspondiente a las unidades a análisis, la primera etapa de nuestra investigación ha sido la recopilación de la información contenida en cada una de nuestras unidades de análisis.

Para llevar a cabo la misma, no se ha realizado distinción alguna entre cada uno de los datos a obtener, es decir, se han recopilado datos correspondientes al derecho interno y al derecho externo, indiferentemente de si se trate de legislación, jurisprudencia, doctrina o la realidad factual.

En ese tenor, dada la definición de nuestra primera unidad de análisis, se delimitó, en primer término, la muestra de la legislación y jurisprudencia que ha sido utilizada para la parte empírica de la tesis, la misma que se detalla a continuación:

2.1.1.1. Jurisprudencia

Respecto a la Jurisprudencia, como ya lo hemos señalado en el punto correspondiente a las Unidades de Análisis, se ha obtenido una muestra de 15 sentencias dictadas en el contexto de procesos de inconstitucionalidad y procesos de amparo. La inconstitucionalidad ha sido incoada respecto de una norma específica a señalarse en el siguiente acápite y, el amparo, en el caso elegido, contra una actuación material de particular.

Según lo dicho, los 15 Expedientes que contienen las sentencias referidas son los siguientes:

Tabla 16: EXPEDIENTES QUE CONTIENEN SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

N°	N° EXPEDIENTE	DESCRIPCIÓN	PAÍS
1	0012-2014-PI/TC	Demanda de Inconstitucionalidad contra la septuagésima segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público.	Perú

2	00018-2013- PI/TC	Demanda interpuesta por el 25% del número legal de congresistas en contra de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil; a fin de que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos, disposiciones complementarias finales y disposiciones transitorias.	Perú
3	0020-2012- PI/TC	Demanda interpuesta por el 25% del número legal de congresistas contra el primer párrafo de la primera disposición complementaria, transitoria y final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.	Perú
4	0013-2012- PI/TC	Demanda interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas contra el artículo 2° de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B, y 24.D del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos y Pensiones.	Perú

5	00032-2010- PI/TC	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco—	Perú.
6	00022-2009- PI/TC	Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5 000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.	Perú
7	02005-2009- PA/TC	Proceso de Amparo incoado por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” en contra del Ministerio de Salud a fin de que se abstenga de iniciar la distribución de la denominada “píldora del día siguiente” y de distribuir bajo etiquetas promocionales este tipo de proyectos.	Perú
8	00027-2006- PI/TC	Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Oscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de	

		Ica, contra el artículo 7º, numeral 7.2, literales a, b y c del Título III de la Ley N° 27360, titulada ‘Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario’, y que en los artículos invocados en específico regula el régimen laboral para los trabajadores del sector agrario, publicada en el diario oficial ‘El Peruano’ el 31 de octubre del año 2000.	
9	007-2006-PI/TC	Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas Municipales N° 212-2005 y N° 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada <i>Calle de las Pizzas</i> .	Perú.
10	2736-2004-PA/TC	Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre, contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de	Perú

	<p>fojas 80, su fecha 29 de septiembre de 2003, que declaró infundada la demanda de amparo de autos. El recurrente, con fecha 11 de julio de 2002, interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTCVC), con el objeto de que se declare inaplicable el Decreto Supremo N.º 049-2000-MTC —Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, así como el artículo 11º y demás normas concordantes del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC —Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, por considerar que constituyen una amenaza a su derecho fundamental a la libertad de contratación</p>	
--	---	--

11	Sentencia C-574/11	<p>Acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Guillermo Otálora Lozano, Andrea Liliana Parra Fonseca, Andrés Felipe Parra Serrano, Paula María Vargas García, José David Riveros Námén, Juana Catalina Vásquez Piñeros, Julieta Lemaitre Ripoll y Andrés Mauricio Delgado Velandia, presentaron demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 1 del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.”</p> <p>En el párrafo Siguiete:</p> <p><i>El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas</i></p>	Colombia
----	--------------------	---	----------

		<i>medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.</i>	
12	Sentencia C-639/10	Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009 “Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.	Colombia
13	Rol 740-2008	Sentencia sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud en la parte que autoriza la distribución de la “píldora del día después” en el sistema público de salud (Tribunal Constitucional).	Chile
14	STC 154/2002	Recurso de amparo núm. 3468/97, promovido por don Pedro Alegre Tomás y doña Lina Vallés Rausa, representados por la Procuradora doña Pilar Azorín-Albiñana López y asistidos por el Abogado don Julio	España.

		<p>Ricote Garrido, contra las Sentencias, ambas —primera y segunda— de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96, que resolvieron recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca, en la causa núm. 2/95, seguida por delito de homicidio, procedente del Juzgado de Instrucción de Fraga.</p>	
--	--	---	--

Todas estas sentencias han sido seleccionadas debido a que han sido generadas en procesos incoados contra medidas administrativas o particulares que afectan la libertad personal o que irrumpen sobre la autodeterminación de los individuos acerca de la utilización de sus derechos, tal y como ocurría en el contexto de una Estado de Bienestar, en donde el paternalismo es la característica primordial en la actuación del gobierno y, por tal motivo, en la elaboración de las políticas de Estado.

Su interpretación, teniendo en cuenta los métodos ya señalados, se llevará a cabo en la tercera parte de la presente tesis.

2.1.1.2. Normatividad

La normatividad señalada en este punto, corresponde a las normas que han sido observadas o contradichas a través de las demandas de inconstitucionalidad o en los procesos de amparo anteriormente señalados, las mismas que han debido analizarse debido a que constituyen el origen de los mismos y las que importan las políticas calificadas como paternalistas:

- a) Ley N° 28411; Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Perú).
- b) Ley N° 28112 Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público (Perú).
- c) Ley N° 30114, de Presupuesto del Sector Público para el año 2014 (Perú); y leyes de presupuesto de años anteriores.
- d) Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (Perú).
- e) Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial (Perú).
- f) Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones (Perú).
- g) Ley N° 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco (Perú).
- h) Decreto Legislativo N° 1089 que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales (Perú).

- i) Ley N° 27360, titulada “Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario” (Perú).
- j) Ordenanzas Municipales N° 212-2005 y N° 214-2005 (Perú).
- k) Decreto Supremo N.º 049-2000-MTC —Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, así como el artículo 11º y demás normas concordantes del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC —Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (Perú).
- l) Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política” de Colombia.
- m) Ley 1335 de 2009 “Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”.
- n) Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud de Chile.

2.1.1.3. Hechos

En el caso del proceso de amparo, signado con el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, presentado por la ONG “Acción de Lucha

Anticorrupción” en contra del Ministerio de Salud y sus políticas de distribución de anticonceptivo oral de emergencia, lo que se contradice no es una ley o norma infralegal específica, sino las siguientes actuaciones del Ministerio de Salud:

- a) La intención del Ministerio de Salud de Perú de iniciar la distribución de la denominada “píldora del día siguiente” y de distribuir bajo etiquetas promocionales este tipo de proyectos.

- b) Las Sentencias, ambas —primera y segunda— de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96, que resolvieron recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca, en la causa núm. 2/95, seguida por delito de homicidio, procedente del Juzgado de Instrucción de Fraga (España).

2.1.1.4. Teorías y doctrina

La investigación no constó únicamente del análisis cualitativo de los casos ya mencionados, sino que además, se ha complementado dicha investigación con un marco referencial que ha servido al tesista para poder interpretar debidamente los dogma encontrados; por tal motivo, se definieron las referencias bibliográficas, hemerográficas, virtuales

y demás; que han sido utilizadas para desarrollar el Marco Teórico de la presente tesis; las mismas que han sido sistematizadas, según del detalle señalado en el siguiente punto.

2.1.2. Sistematización de la información

En la segunda etapa de ejecución, recién se llevará a cabo la sistematización de los datos teórico-fácticos recopilados, discriminando entre los que corresponden a legislación interna y externa, doctrina nacional e internacional y jurisprudencia interna y externa.

Según ello, se han tenido en cuenta los antecedentes respecto al tema de Teoría de Estado, Estado de Bienestar, Estado Constitucional de derecho, Valores o principios del Estado Constitucional de Derecho y, finalmente, acerca del paternalismo. Lo que nos ha permitido llevar a cabo la sistematización ordenada de la información de manera que se posibilite una debida interpretación de datos.

2.1.3. Interpretación de la información obtenida

Finalmente, la última etapa, que es la más importante, es la de procesamiento de datos, pero desde la perspectiva cualitativa, es decir, se llevará a cabo el análisis, síntesis, inducción y deducción, así como la aplicación de los métodos específicos a fin de alcanzar la explicación del

fenómeno en estudio y arribar a una propuesta que coadyuve con una aplicación debida de la figura antes mencionada.

Cabe señalar que, por tratarse de una tesis de carácter cualitativo, no se ha llevado a cabo un procesamiento numérico de datos; es decir, no se ha tabulado, no se han obtenido frecuencias ni porcentajes, no se han elaborado gráficas ni figuras; sino que, se ha llevado a cabo una interpretación cualitativa de cada una de las unidades de análisis y, dicha interpretación ha desembocado en una discusión.

2.2. RESPECTO DE LAS ESTRATEGIAS, ACTIVIDADES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA OBTENCIÓN DE DATOS

Las estrategias están definidas por las técnicas y métodos determinados para la presente investigación, puesto que ocurre que depende de la etapa en la que estaremos atravesando para poder determinar qué método y técnica utilizar, tomando en cuenta que el estudio será puro.

Las actividades y procedimientos a seguir serán los estrictamente necesarios para conseguir los objetivos que, en el presente caso, son netamente teóricos, por lo que no se llevará a cabo un estudio de campo que requiera de estrategias específicas para cada actividad programada.

En ese sentido, además de los métodos, técnicas e instrumentos ya señalados en el acápite de la metodología de investigación, se han tenido en cuenta los

principios de interpretación constitucional para materializar el trabajo, habida cuenta que, ninguna interpretación constitucional debe encontrarse desprovista de dichos principios; recordemos que la interpretación constitucional involucra el entendimiento de dogmas por encima de la normatividad positiva. Los mencionados principios, extraídos de la Sentencia signada con el Expediente N° EXP. N.° 5854-2005-PA/TC, son los siguientes:

2.2.1. El principio de unidad de la Constitución (Sentencia TC, 2002)

Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

2.2.2. El principio de concordancia práctica

En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución).



2.2.3. El principio de corrección funcional

Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

2.2.4. El principio de función integradora

El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

2.2.5. El principio de fuerza normativa de la Constitución

La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

SEGUNDA PARTE
MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I
EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO, A
PARTIR DE LA TEORÍA DEL ESTADO

La investigación ha sido sistematizada de manera deductiva, es decir, se desarrollarán en principio las teorías generales para arribar a las conclusiones particulares acerca de la proscripción del positivismo en un Estado Constitucional y democrático de Derecho, el mismo que es la evolución última del Estado Liberal.

Es de suma importancia que el lector comprenda el origen y la evolución de la estructura estadual con la que contamos en la actualidad, debido a que dicha evolución enlaza una serie de elementos componentes sin los cuales resultaría imposible, o por lo menos sesgada, la comprensión de los principios que inspiran la

construcción del Estado Liberal y, recientemente, la construcción del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y, con éste, la aceptación de principios en otros tiempos inimaginables, como es el caso de la libertad de expresión, el derecho de participar de las políticas públicas, la libertad de empresa y de contratación, e incluso, las libertades sexuales, tales como el uso de los métodos anticonceptivos como parte de las libertades reproductivas.

Respecto a la Teoría del Estado: Es bastante conocido que el Estado es “...una formación social histórica, organizada como una unidad política, que tiene rasgos estructurales característicos...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 74); sin embargo, su concepto se ha venido diversificando y mal utilizando a lo largo de su evolución, por eso es que nuestra investigación, hizo un seguimiento a lo largo de toda su formación histórica, la que está descrita en el primer capítulo.

Se ha realizado una descripción histórica de la evolución que ha tenido el concepto de Estado desde épocas antiguas hasta la época del surgimiento del Estado liberal que funda las bases del Estado actual donde se origina el concepto: Poderes del Estado.

Para esta tarea hemos estudiado a los pensadores o ideólogos precursores que impulsaron la revolución Estadual, tanto a los clásicos como a los modernos; dicho resumen histórico, servirá a la tesis para conocer y diferenciar los principios erigidos a lo largo de la evolución del fenómeno estadual, lo que implica el paso de un Estado Liberal puro, que ensalzaba al derecho a la libertad por encima de cualquier otro derecho, hacia el Estado de Bienestar, que buscaba enmendar los errores en los que

incurrió la primera etapa del estado Liberal y así perfeccionarlo, con la inclusión de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, época en la que prevaleció también la aplicación de políticas paternalistas, las mismas que exageraron en la protección del individuo a extremos tales que terminaron por lesionar el propio derecho a la libertad invocando lo que el Gobierno consideraba mejor para los ciudadanos, cayendo nuevamente en los errores de la monarquía despótica, en la que, como lo decía Luis XVI, los pobladores o súbditos eran considerados niños respecto de las lides administrativas.

Esta posición extremadamente proteccionista y, hasta intrusiva, no es admisible en el contexto del Estado Constitucional de Derecho, en el que se busca garantizar la eficacia de los derechos fundamentales a través de la limitación del ejercicio del poder y, respetando la pluriculturalidad imperante en el mundo, la misma que no discrimina fronteras ni es exclusiva del Derecho Internacional Público.

1.1. EVOLUCIÓN DEL FENÓMENO ESTATAL

La Teoría General del Estado es una [disciplina](#) y, disertación epistemológica, que tiene su origen en [Alemania](#), durante la segunda mitad del [siglo XIX](#), con el nombre de *Allgemeine Staatslehre*, su objeto de estudio es el nacimiento y evolución del fenómeno estatal, en ese sentido, teniendo en cuenta sus antecedentes en el [iusnaturalismo](#) del [siglo XVIII](#), busca realizar una explicación de sus características y desarrollo a los largo de las diferentes épocas de nuestra historia y la naturaleza común a pesar de las diversas ideología que los sustentan.

Al principio, esta teoría buscaba explicar de manera universal las características del Estado, sin embargo, debido a que éste cambia se estructura de acuerdo a la sociedad y la época en que se desenvuelve y, a partir de los estudios de [Hermann Heller](#) en los años de [1930](#), se optó por retirar del nombre la palabra general, ya que se consideró que era imposible crear una ciencia que pudiera explicar al Estado desde un punto de vista de universalidad y generalidad y que además fuera objetiva, por lo que terminó reduciéndose el nombre simplemente a [Teoría del Estado](#).

González Casanova (1984) en su libro titulado Teoría del Estado y Derecho Constitucional, nos ofrece una definición bastante interesante del fenómeno político en estudio, graficando perfectamente su carácter dinámico e histórico que, según se puede extraer de su expresión, es producto de una evolución y adecuación constante que empieza de manera muy rústica en comunidades sociales anteriores a la Griega y que se fue perfeccionando hasta constituirse en un concepto netamente de la comunidad política; el autor asevera que “El Estado es un proceso de construcción de sociedad política que enlaza directamente con la anterior forma de organización...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 64).

En principio, el Estado es un fenómeno social que se origina a partir de los esfuerzos de sus miembros por ordenarla, es en la antigua Polis griega que se teoriza sobre su carácter político pero sin emplear, aún, el término Estado; sin embargo, es en las construcciones teóricas de los pensadores helénicos que se han inspirado los tratadistas estaduales a lo largo de la Edad Media y la etapa Liberal.

En ese sentido, apreciamos que toda sociedad tiene una forma de organización y que para que ésta se configure hace falta la reunión y el acuerdo o, en su defecto, asentimiento de sus integrantes al respecto; por tanto, este proceso de organización necesita de prácticas políticas para hacerse factible, prácticas que evidentemente serán llevadas a cabo por los integrantes de la sociedad, construyéndose así una sociedad política cuyos ideales necesariamente deben ser adecuados a la coyuntura y tienen como pilares los ideales aprehendidos de sus antecesores.

Se han dado casos en que toda la sociedad ha participado del imperio Estatal, como en la polis griega, y hubieron también ocasiones en que eran unos pocos los que lo hacían subyugando a una porción muy importante de la sociedad, como en el caso de los Feudos y más tarde las monarquías de la Edad Media; sin embargo, no debemos perder de vista que en estos dos momentos históricos, como en todos los demás, la sociedad política siempre ha estado compuesta por todos los integrantes de la comunidad, sea que todos hayan participado de manera activa o unos muchos lo hayan hecho de manera pasiva.

Podemos afirmar, que la noción de Estado ha variado de acuerdo a la evolución de la sociedad en que se ha desenvuelto, como toda organización política que tiene como su base al Derecho producto del pensamiento dominante-dirigente y las creencias populares preexistentes.

Entonces, el fenómeno Estado muestra dos facetas al ser estudiado, si se lo observa de manera longitudinal se puede decir que es dinámico puesto que es el resultado de un proceso político constante y evolutivo que se ha ido adecuando a los cambios de la sociedad dentro del proceso histórico; por otro lado, después de cada transformación, si se lo observa de manera transaccional podemos afirmar que es estático en cuanto otorga seguridad o permanencia a la organización social por el espacio de tiempo que esta dure.

Con lo ya aseverado, el presente capítulo pretende realizar un estudio de ambas facetas estatales, observando su dinamicidad principalmente en su evolución desde el Imperio romano, pasando por la poliarquía medieval, la monarquía medieval, el Estado Liberal, el Estado Socialista y, finalmente el Estado Constitucional y, en cada una de éstas etapas, estudiaremos su carácter estático.

1.1.1. El fenómeno estatal en el imperio romano

Roma, en su última etapa, se transformó en una forma *sui generis* de sociedad, que no podía ser llamada como tal, en el sentido estricto de la palabra, puesto que abarcaba varias formas y muy variopintas de sociedades.

Es conocido históricamente que el Imperio Romano tuvo una extensión vasta producto de las conquistas o intromisiones sobre otros pueblos europeos, por lo que acumuló una enorme extensión territorial que abarcaba una pluralidad de pueblos, naciones, países, con diversos tipos de sociedad, políticas y

economías, que debían terminar adecuándose o sometándose al poder del Emperador.

Es así que durante esta etapa de nuestra historia, aun siendo una época bastante básica, se creó la primera ficción de sociedad política con la intención de unificar, fusionar, enlazar o aglutinar todas aquellas sociedades diversas en una sola; es así que se ideó una forma de ciudadanía, la ciudadanía romana, por la cual hasta el más remoto habitante de las lejanas fronteras del imperio podía ser considerado ciudadano en mérito a una concesión hecha por el Emperador; del mismo modo, existían habitantes del centro romano que no tenían tal status, y cumplían con las labores de un siervo e incluso existían otros que no ostentaban ningún derecho y eran llamados esclavos.

Esta ficción puramente política respondía a la conveniencia económica del Emperador y al sentido beligerante de la época, en ese sentido, "...el lazo político desbordaba con mucho la vinculación personal al propio país, a la propia tierra y a la comunidad de vida y trabajo más próxima." (Gonzales Casanova, 1984, pág. 76); por lo tanto no existía, o al menos no se hizo notar, el espíritu nacional, puesto que fue sometido por la fuerza militar romana.

Con todo, se halló en la construcción social romana imperial la conciencia de ciudadanía y, aunque producto de la imposición por la fuerza militar o económica, la búsqueda de una organización, una sociedad ordenada según los mismos principios y con unificación de creencias y costumbres.

Florece así el sentido de unidad de la sociedad para constituir una sociedad política que logre una convivencia segura y ordenada, nace un fenómeno que González Casanova llama “Estructura Estatal Embrionaria (1984, pág. 77) que funda las bases para el desarrollo de la práctica y teoría Estadual.

1.1.2. El fenómeno estadual durante la poliarquía medieval

La Edad Media es la segunda edad de la Historia Europea que se halla comprendida entre la Civilización Antigua y la Edad Moderna; durante esta época se formaron los reinos bárbaros, el cristianismo logró difundirse y consolidarse por obra de la iglesia católica, por lo que hubo predominio de esta religión e intenso fervor religioso, se estableció la Sociedad Feudal, que impuso desigualdad y monopolio de la riqueza, paralelamente hubo un resurgimiento de la vida urbana, la formación de la burguesía y el nacimiento de las monarquías.

La caída del Imperio Romano de occidente originó la ruina de la civilización romana e inauguró un período de confusión, espanto y desorden; al comienzo de esta época, subsistió el poder del Emperador, pero fue disminuyendo con el paso del tiempo y las nacientes ideas, el caso de la iglesia fue opuesto, ya que logró posicionarse como uno de los poderes primordiales, tanto que el Papa tenía injerencia en la política pero, a pesar de la existencia de estos poderes generalizados, surgían otros de carácter privativo.

En la Edad Media el privilegio de la concepción o creación de las normas jurídicas era un privilegio particular que logró, incluso, sobreponerse al

poderío general del Emperador y el Papa; esto, claro, como un fenómeno continuo de evolución a lo largo de la etapa más grande de nuestra historia.

De esta forma, las leyes que se promulgaban eran privadas o particulares, cuyos efectos eran vigentes en un determinado ámbito territorial, y no gozaban de ninguna legitimidad.

De esta manera se presentó el conflicto entre la libertas o “libertad de los antiguos” y la libertad en el Estado o “libertad de los modernos”; la primera era una libertad democrática en la que la capacidad para tener derechos estaba sometida únicamente al poder de la comunidad política (polis griega, Estado romano, cada cual con sus características) y, la segunda, es una libertad liberal previa por la que la esfera de los derechos individuales no puede ser violada por el poder del Estado, por lo menos no los derechos de las clases dominantes.

Grecia había legado al mundo la visión de una comunidad política cuyo gobierno era directo y generalizado, Roma, en cambio, la visión de un comunidad política que contaba con representantes y ficciones cuya hegemonía dependía del poder económico; en el primer caso la ley surge de la voluntad popular expresada de manera directa e inmediata, en el segundo la ley surge de la voluntad de unos pocos detentadores de poder.

El Derecho Medieval rompe con los esquemas de un Estado único, pues la ley no surge de la voluntad general ni tampoco de un pequeño grupo que

controla la voluntad general, es decir, la comunidad política es anulada para dar paso al ejercicio particular de los derechos subjetivos disperso en una pluralidad de territorios en cada uno de los cuales dicho ejercicio le era permitido a unos pocos.

En esta etapa el poder de legislar y el de ejecutar las leyes aún era rudimentario, no existían leyes generales ni siquiera dentro del territorio de cada feudo o cada ciudad estado, pues la elaboración de las mismas estaba sujeta al arbitrio de un señor feudal o de unos burgueses con poder económico.

Las mismas dificultades se presentaban al momento de ejecutar lo legislado, puesto que si existía inestabilidad en la primera práctica, también en la segunda, lo que anulaba la seguridad jurídica y aportaba un orden social en función a los intereses económicos de unos pocos.

Debido a esta inseguridad y a la cantidad de conflictos que se generaron por este escenario, el Poder Judicial se convirtió en el poder político por antonomasia y, por lo tanto, el más desarrollado formalmente, con lo que se mitigó de manera relativa la sensación de inseguridad jurídica de los habitantes de los mini estados.

Podemos entonces concluir que en esta etapa de la Edad Media, terminó por fusionarse el Derecho Privado con el Derecho Público al limitarse la generalidad de las leyes únicamente al territorio que dependía del poder

económico de unos pocos y al perder su carácter general los derechos subjetivos.

1.1.3. La lucha por el Poder Hegemónico

Al empezar la Edad Media el esquema de poder del Imperio Romano todavía se conservaba en las figuras del Papa como representante celestial y el Emperador como poder terrenal; los mismos que eran portadores de una ideología ya consolidada en épocas pasadas y que se encontraba en declive, quienes pretenden seguir siendo el poder supremo en esta nueva etapa.

Pero por causa de la poliarquía y la privatización del derecho que se vivió en esa época, el poderío general que representaban los Emperadores fue disminuyendo hasta limitarse a una simple representación diplomática y, finalmente, desaparecer; en cambio, la iglesia si logró adecuarse al nuevo esquema y, convenientemente, otorgaba respaldo divino al poder de los señores feudales.

Entonces, el poder bipolar de la época romana, se convirtió en un triángulo de poder en el que preexistían dos poderes ideológicos con aires de supremacía generalizada, como eran el Papa y el Emperador y, un tercero naciente, el Rey, quien no era más que un señor feudal que en la pugna por más poder derrocaba a sus contendientes, otros señores feudales, e iba ampliando el ámbito de su poder tanto económico y territorial, como jurisdiccional.

Ante la caída del Emperador, la iglesia con la ayuda de sus pensadores y estrategias políticos, en el sentido de que su participación en este mundo era primordialmente política y luego de salvación divina, logra sustituir al antiguo Imperio Romano y se queda con su poderío generalizado, disfrazándolo de fe, estatuye una organización propia, burocrática y disciplinaria que logró mantener las relaciones de poder sin importar las distancias.

Es decir, fue la única organización que logró permanecer como tal valiéndose de la credibilidad que les confería su “relación con Dios”, sistémica y funcionalmente estructurada, por lo que fue tomada como ejemplo y principal aliado por los grandes señores feudales que luego se convertirían en los reyes o monarcas (príncipes para el idiolecto de la época).

Fundándose así, la nueva organización política de carácter general, que extendía sus dominios por el uso de la fuerza y que se consolidaba con la ayuda de la iglesia; su estructura administrativa distaba de la que tenían los antiguos feudos, sin embargo, la finalidad era la misma, favorecer a unos pocos, en este caso, el rey y a sus cortes.

En ese sentido, el Derecho positivo volvía a ser general y de obligatorio cumplimiento por los súbditos, pero los derechos subjetivos se limitaban a unos pocos virtuosos que ostentaban un título otorgado por la monarquía.

Con todos estos problemas sociales, la organización imitada por los monarcas de la iglesia, dio origen a los rudimentarios Aparatos de Estado.

En esta nueva etapa de la Edad Media, se consolidó la nueva organización monástica en virtud de los concilios eclesiásticos que sirvieron como referencia para las reuniones de las primeras Asambleas Representativas Medievales, las mismas que fueron el origen del Parlamentarismo como una nueva forma, más segura, de dictar leyes.

La estrecha relación que existía entre los Reyes y el Papa, causa del mito de un imperio universal cristiano, duró hasta que los reinos y las ciudades independientes dejaron de aceptar la autoridad del Papa, tanto como del Emperador, por cuanto la iglesia quedó cada vez más menguada de la participación política directa.

1.1.4. El tránsito de la Poliarquía a los Stati

La época de transición tuvo su origen en el siglo XIV hasta el siglo XV, llamada la Baja Edad Media, en que el poder del rey se volvía cada vez más fuerte y generalizado, lo que dio pie para las nuevas estructuras dentro de una comunidad política que pueden ser considerados el origen de los Estados; debemos aclarar que no se trató de un producto terminado, puesto que como ya sabemos, los fenómenos sociales, políticos y económicos, son el producto de una constante evolución y dinamismo, por tanto, nunca están acabados.

Durante este periodo los Reinos y las ciudades libre constituyeron las principales unidades de poder político, los mismos que por sus características particulares integran los diversos elementos característicos de la organización social medieval.

Hasta este momento de la evolución política ya se establecieron claramente las diferencias entre el poder del rey y la religión; es decir, que ya se tomaban a la política y la religión como dos conceptos diferentes e independientes, aunque la ideología religiosa conserva el papel de justificadora del poder terrenal, a la iglesia se le niega toda posibilidad de ejercer poder político.

El poder de los señores feudales quedó rezagado por el poder del rey, por tanto, se pasó de la relación del señor feudal hacia el siervo o vasallo a la relación del rey hacia el súbdito; mientras que en el caso de las ciudades libres los ciudadanos participaban de la dirección política a manera de pequeñas repúblicas mixtas.

El monarca centralizó las diversas funciones estatales de modo burocrático, el ejército, la justicia, la policía y la administración financiera.

“...las monarquías de los reinos y las repúblicas de las ciudades libres reivindicán para sí, cada vez con mayor fortuna, el poder político supremo frente a los restos del feudalismo, a los estamentos, a los emperadores sin poder y al papado. Todo ello pone las bases inmediatas de una nueva

organización política, a la que Maquiavelo, como sabemos, califica de Stato.” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 80).

Aquellos restos del feudalismo, entonces, pasaron a constituir la nobleza al servicio del rey, un grupo social con enorme poder político y económico, así como guerrero que le servía a la monarquía en sus propósitos de expansión.

Por otro lado, la burguesía que se desenvolvía en las ciudades libres empezó una carrera hacia el ascenso social y económico, formándose para su consolidación política las asambleas representativas como una forma de democracia restringida a los grupos más poderosos.

En su mayoría, existió un triunfo de las Monarquías territoriales sobre las ciudades libres “...con excepción de Florencia y Venecia...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 79) que por haber estructurado funcionalmente su organización política sobrevivió al poder de los príncipes.

A fines del siglo XV subsistían las ciudades libres, pero subyugadas ante el poder creciente de las Monarquías siendo que pierden su poder político y se transforman en una forma diferente de aglutinación de súbditos.

Cabe resaltar que cada reino formado en esta época, llámese Inglaterra, Francia, Aragón, Castilla, entre otros; tuvo su propia evolución y formas

particulares de vivirla, tanto así que se extendió hasta por un período de cinco siglos, siendo el último conocido el reino de España.

En este contexto, el origen del Estado Moderno, se dio en la transición social europea del siglo XIII al siglo XVI, hasta la configuración actual de Estado producto de su evolución tanto social como política desde el siglo XVII hasta la actualidad.

1.1.5. Construcción de la idea: Estado

Según registra la historia, la evolución del concepto de Estado ha sido el producto de una constante producción teórica a cargo de diversos ideólogos cuyas afirmaciones han guardado consonancia con su realidad y, precisamente por este hecho, han aportado a la construcción de una idea de Estado adecuada a la coyuntura, porque la evolución del Derecho como organizador, no puede separarse de la evolución de la sociedad, la política y la economía.

Una ideología es una creación cerebral que no puede separarse de la estructura material de la sociedad y sus cambios; donde se está forjando una nueva manera de concebir a la sociedad por acción de la política que en esta se desarrolla o de las circunstancias económicas que se viven en ésta, la culminación justificadora, organizadora y limitadora de los poderes dominantes, ya sean hegemónicos o no, siempre es la construcción ideológica de grandes pensadores que buscan fortalecer el sistema en el que se hallan

inmersos o para justificar de manera previa una revolución que cambie el que ya no es viable.

En este caso, la edad media es el producto de diversos cambios sociales y por lo tanto políticos y económicos, del Emperador Romano, a la hegemonía de la Iglesia junto con el señor Feudal y posteriormente el Monarca, terminaron por instaurar una realidad política basada en el Absolutismo, por el cual el monarca concentraba todos los poderes estatales y, actuaba como si el mismo fuera el Estado.

Tras estas circunstancias, surgió una ideología explicativa y de justificación de estos hechos que no fue otra cosa que el instrumento de los príncipes (reyes) para conseguir seguidores que creyeran que su poder surgía de la propia naturaleza de las cosas o, lo que es lo mismo para esa época, por encargo divino, así como por el hecho de sus victorias con sus pares; por lo que se creían facultados, aunque no estaban legitimados, para monopolizar el poder.

Según lo dicho, en el presente acápite se tratará de aquellos teóricos cuyas ideologías sirvieron para justificar un Estado Absolutista y la ineficacia del sistema jurídico como organizador de una sociedad de cara a la seguridad jurídica y el bienestar social, conceptos al parecer desconocidos o minimizados en aquella época.

1.1.5.1. Tomás de Aquino

Tomás de Aquino fue uno de los primeros justificados del Estado Absolutista, tal y como se desarrollaba en el siglo XIII durante la Edad Media, vivió entre 1225 y 1274, periodo en el cual se consolidaba de manera fáctica el poderío del Monarca a nivel de Europa.

Su discurso tuvo como centro a la dimensión colectiva del hombre desde la perspectiva natural, que era lo mismo que divina pues por ser Dios el creador del hombre ha definido su naturaleza que lo hace capaz de relacionarse con otros hombres para la consecución de su bienestar.

Su tratado sobre el comercio interhumano expone la dimensión colectiva del hombre al conceptuarlo como el “despliegue natural del cerebro humano razonante para la comunicación con otros hombres de manera cierta y segura” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 83).

Según este pensador el comercio interhumano es la causa de la formación de grupos humanos relacionados por lazos de diversos tipos tales como las familias, las aldeas, las ciudades y otro tipo de comunidades que, por el hecho de serlo, comparten características, funciones e intereses y que han sido conformadas sin necesidad de fundarlas o pactar para su fundación.

La dimensión colectiva del hombre se debe precisamente a su politicidad, lo cual lo lleva a crear naturalmente comunidades con la finalidad común

de crecer hasta alcanzar la perfección deseada acorde con su propia naturaleza.

A causa de su propia naturaleza se instaura una comunidad política, la misma que ya había sido mencionada por Aristóteles en la Grecia antigua, que es la comunidad con mayor perfección a alcanzar por el hombre durante su permanencia en este mundo por la que lograría su perfección personal basada en la completitud y la autonomía.

La comunidad política capta la estructura natural de la organización humana y el sistema de la sociedad para edificar el Estado que no es otra cosa que la sociedad política completa por el mero hecho de ser, de existir dentro del natural discurrir de las relaciones humanas; por lo tanto, el derecho positivo emana del derecho natural, de la propia naturaleza normativa de la sociedad al convertirse en una sociedad política, lo que lo diferencia de las normas religiosas y las puramente sociales o, llamadas también, morales.

Al respecto concluye que las normas jurídicas surgen de la conformación de una sociedad política completa llamada Estado cuyo origen está en el derecho natural; lo natural es variable, plural y diferente, a diferencia de la ley positiva que es utilitaria y por lo tanto estable y debe orientarse, según convenga, al caso y momento en la que la promulgan.

Pero el derecho natural es solamente una expresión de la verdadera fuente de todo poder que es Dios quien, a través de la naturaleza plural y cambiante

que le otorga a las cosas y a los hombres, para la consecución de orden en cada caso crea una sociedad política y, con ella, un gobierno (Estado) que son los más idóneos para la auto conservación y el desarrollo de la comunidad.

Este régimen o gobierno, que en la época era el regio, ostentaba el poder, en realidad lo detentaba, sobre la base de una potestad teocrática que le otorgaba al rey feudal la capacidad para crear las normas jurídicas que eran estables para cada caso pero variables entre ellos, siendo que el rey nunca estaba sometido a la ley que creaba.

Frente a este régimen o gobierno regio, Tomás de Aquino ideó un régimen político social, democrático, cuyas leyes emanaban del derecho natural de la sociedad y eran limitadoras del poder del monarca quien sería elegido por voto directo o mediato cuya función dentro de la sociedad es la de representación de la misma, pero este régimen era posible solamente en el plano ideal puesto que las circunstancias y la formación del Estado medieval dependían de otras variables.

Con su ideología, Tomás de Aquino propicia el reconocimiento de lo natural, lo que posteriormente serviría de origen para hablar de lo nacional, es decir que este intelectual preludia el nacionalismo político de Maquiavelo y da origen a la ciencia política moderna.

1.1.5.2. Nicolás de Maquiavelo

Dos siglos después sigue la línea de Tomás de Aquino y, por tanto, de Aristóteles, nació en 1469 y murió en 1527, cuando la monarquía se encontraba en pleno apogeo pero idealmente ya se fundaban los cimientos para una teoría del estado Nacional.

Hacía referencia a los Estados pero en el contexto de la monarquía imperante, graficando la diversidad de regímenes en la Europa de su tiempo:

“Todos los Estados, todas dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados. Los principados son, o hereditarios, cuando una misma familia ha reinado en ellos largo tiempo, o nuevos. Los nuevos, o los son del todo, como lo fue Milán bajo Francisco Escorza, o son como miembros agregados al Estado del príncipe que los adquiere, como es el reino de Nápoles para el Rey de España. Los dominios así adquiridos están acostumbrados a vivir bajo a un príncipe o a ser libres; y se adquieren por las armas propias o por las ajenas, por la suerte o por la virtud.”
(Maquiavelo, 2004, pág. 72).

En su obra los primeros ocho capítulos describen este tipo de principados con los ejemplos que merecían las monarquías de la época, pero en el noveno capítulo trata del principado civil, “...aquel en que un ciudadano,

no por crímenes ni violencia, sino gracias al favor de sus compatriotas, se convierte en príncipe...” (Maquiavelo, 2004, pág. 21).

Para que exista este tipo de Estado que podría ser llamado principado civil, señala que es necesario que exista un hombre con dotes políticas suficientes para convencer a sus iguales que merece ser apoyado por ellos o que cuente con buenas relaciones con los nobles, quien al llegar al trono indefectiblemente acumulará el poder.

Según Maquiavelo el hombre necesita ser “dirigido, enderezado y puesto en orden para que la comunidad política pueda existir” (Maquiavelo, 2004, pág. 84) y esta función es cumplida por el príncipe.

El desorden, que es igual a caos puede ser solucionado cuando el hombre es in-formado y ordenado, de esta manera se conseguirá el orden general que depende de la dirección de un hombre con poder, sea como fuere que lo haya adquirido; el orden se encuentra en constante armonía y guarda una forma, este orden está en constante movimiento por acción de la política que es dinámica, pero se cristaliza, se hace estable, a través del Estado que es el movimiento ordenado o el orden en movimiento, el dinamismo de la política hace efectiva a la comunidad.

“...el *stato* es, para Maquiavelo, ordine absoluto y concreto al mismo tiempo. Quiere esto decir que «lo político» no se refiere solo a «los políticos» sino que a la totalidad de la vida social (ideas, usos,

costumbres, formas de ser, leyes) debe ser ordenada en Estado.”
(Gonzales Casanova, 1984, pág. 86).

El orden absoluto lleva a estabilizar a la vida sociedad consiguiendo la seguridad del hombre respecto del propio hombre ya que todo está previsto mediante un cálculo racional que significa un conocimiento científico de la realidad humana y social; a esto Maquiavelo le llama “Política de realidades” cuya eficacia es alta y se demuestra con cifras irrefutables y resultados concretos de cara a la consecución del Bienestar del ciudadano.

Señala como último recurso para la consecución del Bienestar ciudadano a la fuerza, un recurso para mantener el orden y la unidad del Estado; esta fuerza es liderada por el príncipe, pero depositada principalmente en su ejército.

“...si un príncipe posee un Estado tal que pueda, en caso necesario, sostenerse por sí misma, o si tiene, en tal caso, que recurrir a la ayuda de otros. Y para aclarar mejor este punto, digo capaces de poder sostenerse por sí mismos a los que, o por abundancia de hombres o de dinero, pueden levantar un ejército respetable...” (Maquiavelo, 2004, pág. 24).

Confirma que la Unidad Nacional es el motor creador del Estado, el Príncipe (rey) ostenta el poder político supremo, la unidad de mando, quien monopoliza la fuerza a través del mando único militar y el derecho a través

de su poder de legislar; por esta razón se puede construir un estado ordenado mediante las leyes generales para toda la sociedad, se trata de un *ius certum* o ley general y pública, hecha por todos y dirigida a todos que unifica a los ciudadanos que forman parte del Estado.

Por tanto, la legitimidad del poder del príncipe es independiente de la forma en que adquirió el poder y radica en su capacidad para mantenerlo por sus cualidades personales, por sus circunstancias económicas, políticas y sociales; esta legitimidad, le permite guardar para sí el Poder Constituyente del Estado, el Poder Legislativo y el Poder Director o de Gobierno.

1.1.5.3. Jean Bodín

Este pensador es importante porque acuñó un nuevo concepto para justificar el poder del príncipe, un siglo después de Maquiavelo, pues vivió entre 1530 y 1596.

Se refirió al término soberanía para entender el poder supremo en qué consiste el Estado.

“...la República es el recto gobierno con poder soberano de varias familias y de lo que es común...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 89), República equivale en este texto a Estado, los hombres libres cuentan con dignidad, sin embargo pueden ser dominados mediante la dirección que está a cargo de otro hombre, es por esto que no pueden revelarse a los mandatos de sus dirigentes aunque le parezcan injustos.

Para Bodino la Soberanía es el Poder absoluto y perpetuo de una república y el poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos desligados de las leyes. Es poder absoluto porque no puede ser limitado por ningún otro poder político y es un poder perpetuo porque no sólo es vitalicio, sino que quién lo inviste, posee el derecho y lo considera de su propiedad sin que nadie pueda reivindicarlo; en ese sentido, *la lex* o ley es el mandato de quien ostenta soberanía.

La soberanía "...no es más que la idea justificadora de un poder definitivo, supremo, contra el cual ningún otro tiene el derecho a oponerse..." (Gonzales Casanova, 1984, pág. 91)

Ahora, la posesión de esta soberanía, se encontraba en manos de los príncipes y era absoluta, sin embargo no debiera ser así, debería tener sus limitaciones, como es en este caso la moral, también las leyes fundamentales como la Constitución, el derecho divino, el derecho natural y el derecho de gentes.

La idea de poder soberano se restringía a la idea de Poder Constituyente, Poder Legislador positivo y Poder de Dirección Política; en Maquiavelo era el príncipe el único facultado para ostentarlos; en Bodino, el soberano era el príncipe pero bien podía serlo todo el pueblo unido, se le deja esta tarea al primero por causa de una imposibilidad física que ser ejercida por el segundo.

La unidad de la soberanía era una característica del Estado como soberano, por lo tanto, para Bodino, lo importante no era ya la persona que sea el soberano sino la institución como tal; el Estado es una ficción que representa a la persona, la idea de soberanía sirve para imputar y responsabilizar al ente abstracto de actos personales.

1.1.5.4. **Thomas Hobbes**

Hasta la incursión de Thomas Hobbes, el Estado había sido identificado y restringido a una sola personalidad, ya sea una sola persona o varias, un monarca o un grupo de burgueses, e incluso, el pueblo.

Hobbes nació en 1588 y murió en 1679, su desarrollo teórico todavía estaba contaminado por las ideas absolutistas de la época, sin embargo, significó un hito muy importante en la forma de concebir el Estado que, según él lo aseveraba, se trataba de un artificio, una fantasía, una ficción.

Afirmaba que el hombre por naturaleza vivía en guerra permanente con los demás hombres y, por tanto, carecía de seguridad física, lo que le generaba miedo; según Hobbes, este evento lo obliga a pactar, es decir, que obliga a la generalidad de los hombres a realizar un contrato por el que renuncian a sus respectivos poderes personales y se los atribuyen todos a un tercero “ideal” que es el Estado.

Para este ideólogo la “...sociedad civil es lo mismo que la república o *commonwealth*, es un hombre o persona artificial que quiere y actúa por cada uno de sus miembros. Este artificio – calculado y construido con la precisión de una máquina perfecta – es el Leviatán, nombre de un monstruo bíblico que simboliza el “Dios mortal” que asegura la paz.” (Gonzales Casanova, 1984, págs. 94-95)

“...¿Qué es en realidad el corazón sino un resorte; y los nervios que son, sino diversas fibras; y las articulaciones sino varias ruedas que dan movimiento al cuerpo entero tal como el Artífice se lo propuso? El arte va aún más lejos, imitando esta obra racional, que es la más excelsa de la Naturaleza: el hombre. En efecto: gracias al arte se crea ese gran Leviatán que llamamos república o Estado (en latín *civitas*) que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido; y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero...” (Hobbes, 2010, pág. 19)

Para él esta maquinaria funcionaba de manera tan natural como lo hace el cuerpo humano y, al igual que éste, cuenta con órganos y sistemas que le permiten operar de la manera más adecuada; compara las funciones del cuerpo humano con las funciones del Leviatán pero no se limita a la parte externa, sino que abunda en las características internas de las personas que pueden ser tomadas como base para las características del estado y, como

no podría ser de otra forma en esta época, tiene un tratado acerca de la religión.

Primero describe las características humanas tanto físicas como psicológicas, morales y religiosas; luego las compara con las características que debe tener un estado y, según esta comparación, empieza a construir sus instituciones, organismos y funciones; trata de las leyes civiles como de los delitos y su penalidad y, por último, de las causas que debilitan o tienden a la desintegración de un Estado.

Para Hobbes, la razón de que se mueva toda esta maquinaria que significa el Estado, se basa en la creencia por parte de sus integrantes, hombres, de que es necesario aceptar la obligación de obedecer a quien les asegura la vida.

En consecuencia, el Estado tiene su *autoritas*, tiene el derecho de ser obedecido por todos y, para esto, el hombre necesita creer en el artificio, fantasía o ficción que representa, si esto ocurre, será posible la consecución del orden social, como resultado de un acuerdo político.

En ese sentido, el Estado resulta ser una idea bastante útil para el orden y la seguridad de la sociedad política, pues su estructura le permite constituirse en una personalidad que se reviste de eficacia y operatividad durante su existencia.

1.2. EL HITO DEL ESTADO LIBERAL

La construcción de la idea del Estado liberal empezó antes de la desaparición del Estado Absolutista¹ y, precisamente por este hecho es que los nuevos pensadores, en un contexto de injusticias y limitaciones impuestas por unos pocos, crearon el concepto de un nuevo Estado en el que la finalidad era “...conciliar la libertad personal, la acción de los grupos sociales y la vida de la sociedad civil con el nuevo y eficaz aparato de poder político...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 105)

La conciliación referida implicaba la concepción de un poder limitado que no pueda violar los derechos y libertades particulares por cuanto el fin del Estado es proteger el natural desarrollo tanto de la sociedad como de los ciudadanos.

1.2.1. John Locke

“... es imposible que los actuales gobernantes de la tierra puedan conseguir algún beneficio o derivar la menor sombra de autoridad de

¹ “Y es por ello evidente que la monarquía absoluta, que algunos tienen por único gobierno en el mundo, es en realidad incompatible con la sociedad civil, y así no puede ser forma de gobierno civil alguno. Porque siendo el fin de la sociedad civil educar y remediar los inconvenientes del estado de naturaleza (que necesariamente se siguen de que cada hombre sea juez en su propio caso), mediante el establecimiento de una autoridad conocida, a quien cualquiera de dicha sociedad pueda apelar a propósito de todo agravio recibido o contienda surgida, y a la que todos en tal sociedad deban obedecer, cualesquiera personas sin autoridad de dicho tipo a quien apelar, y capaz de decidir las diferencias que entre ellos se produjeran, se hallarán todavía en el estado de naturaleza: y en él se halla todo príncipe absoluto con relación a quienes se encontraran bajo su dominio...” (Locke, 2010, pág. 19).

lo conceptualizado por venero de todo poder, "la jurisdicción paternal y dominio particular de Adán"; y así, quien no se proponga dar justa ocasión a que se piense que todo gobierno en el mundo es producto exclusivo de la fuerza y violencia, y que, los hombres no viven juntos según más norma que las de los brutos, entre los cuales el más poderoso arrebatara el dominio, sentando así la base de perpetuo desorden y agravio, tumulto, sedición y revuelta (lances que los seguidores de aquella hipótesis con tal ímpetu vituperan), deberá necesariamente hallar otro origen del gobierno, otro prototipo del poder político, y otro estilo de designar y conocer a las personas que lo poseen, distinto del que Sir Robert Filmer nos enseñara." (Locke, 2010, pág. 9)

Este pensador inglés nació en el año 1632 y murió en 1704, su aporte ideológico se puede resumir en la siguiente frase: "Poder como consentimiento", señala que el poder político o civil nace del consenso entre los integrantes de la sociedad, es decir que el poder social se convierte en poder político pero de la mano de los propios integrantes de la sociedad, todo sin excepción, es decir, podría entenderse como una antelación a la invocación del poder popular.

Siguiendo a la ideología romana y medieval en el punto medular, argumenta que el poder estatal se funda en un contrato social, pero a diferencia de Hobbes, los individuos de la sociedad no renuncian a todo su poder, sino que toman parte de sus derechos y libertades y los ofrecen para la

conformación del ente ideal, de manera que no pierden el poderío individual de manera que no se encuentran totalmente sometidos ante el grupo, sino que reservan derechos fundamentales para su supervivencia, los mismos que se ven protegidos, asegurados, gracias a la cesión antes mencionada².

Analiza la idea hobbesiana del contrato social de distinta forma, para Hobbes el Estado de naturaleza, era un lugar de enfrentamiento y de lucha; para Locke los hombres no son enemigos irreconciliables y poseen derechos innatos e inviolables que le son inherente y por supuesto anteriores a la constitución de la sociedad, los hombres viven en régimen de colaboración y es la ley natural la que rige su comportamiento.

En ese sentido, el estado tiene límites orientados hacia la individualidad, se trata de una relación conveniente entre el ente ideal y cada individuo, el primero debe asegurarle la protección de sus derechos y potencialidades y el segundo debe desplegar sus potencialidades de manera que se proteja el derecho estatal que es el regulador y encargado del orden social.

² “El hombre, por cuanto nacido, como se demostró, con título a la perfecta libertad y no sofrenado goce de todos los derechos y privilegios de la ley de naturaleza, al igual que otro cualquier semejante suyo o número de ellos en el haz de la tierra, posee por naturaleza el poder no sólo de preservar su propiedad, esto es, su vida, libertad y hacienda, contra los agravios y pretensiones de los demás hombres, sino también de juzgar y castigar en los demás las infracciones de dicha ley, según estimare que el agravio merece, y aun con la misma muerte, en crímenes en que la odiosidad del hecho, en su opinión, lo requiriere. Mas no pudiendo sociedad política alguna existir ni subsistir como no contenga el poder de preservar la propiedad; y en orden a ello castigue los delitos de cuantos a tal sociedad pertenecieren, en este punto, y en él sólo, será sociedad política aquella en que cada uno de los miembros haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad para todos los casos que no excluyan el llamamiento a la protección legal que la sociedad estableciera. Y así, dejado a un lado todo particular juicio de cada miembro particular, la comunidad viene a ser árbitro; y mediante leyes comprensivas e imparciales y hombres autorizados por la comunidad para su ejecución, decide todas las diferencias que acaecer pudieren entre los miembros de aquella compañía en lo tocante a cualquier materia de derecho, y castiga las ofensas que cada miembro haya cometido contra la sociedad, según las penas fijadas por la ley; por lo cual es fácil discernir quiénes están, y quiénes no, unidos en sociedad política. Los que se hallaren unidos en un cuerpo, y tuvieren ley común y judicatura establecida a quienes apelar, con autoridad para decidir en las contiendas entre ellos y castigar a los ofensores, estarán entre ellos en sociedad civil; pero quienes no gozan de tal común apelación, quiero decir en la tierra, se hallan todavía en el prístino estado natural, donde cada uno es, a falta de otro, juez por sí mismo y ejecutor; que así se perfila, como antes mostré, el perfecto estado de naturaleza”. (LOCKE, 2010, Pág. 18)

El Estado concebido por Locke se encontraba al servicio de la economía “...El poder político se halla a las órdenes del poder económico...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 106); lo cual se explica con el contexto político de la época en que se hacía cada vez más importante el poder empresarial, aun con este contexto, no se olvidan los derechos fundamentales de los individuos por lo que el Estado tiene el deber de respetar y proteger a la sociedad.

Para Locke el poder político nunca es ilimitado ni absoluto, la primera función del poder consiste en garantizar la aplicación del Derecho Natural e impedir que los transgresores de sus principios queden sin ser castigados.

La estructura del pensamiento de Locke, establece dos momentos en que se efectúa el Pacto Social; en un primer momento, se presenta el pacto entre los individuos de una determinada sociedad³, en relación de igualdad, poniendo fin a su estado natural y abriendo paso a una sociedad civil y por tanto organizada, llamado *Pactum societatis*; en un segundo momento, se presenta el pacto entre los ciudadanos y sus futuros gobernantes por el que se delega a unos pocos todos los poderes sujetos a las condiciones de

³ “Siendo todos los hombres, cual se dijo, por naturaleza libres, iguales e independientes, nadie podrá ser sustraído a ese estado y sometido al poder político de otro sin su consentimiento, el cual se declara conviniendo con otros hombres juntarse y unirse en comunidad para vivir cómoda, resguardada y pacíficamente, linos con otros, en el afianzado disfrute de sus propiedades, y con mayor seguridad contra los que fueren ajenos al acuerdo. Eso puede hacer cualquier número de gentes, sin injuria a la franquía del resto, que permanecen, como estuvieran antes, en la libertad del estado de naturaleza. Cuando cualquier número de gentes hubieren consentido en concertar una comunidad o gobierno, se hallarán por ello asociados y formarán un cuerpo político, en que la mayoría tendrá el derecho de obrar y de imponerse al resto.” (Locke, 2010, págs. 20-21).

gobierno, por cuanto existe el compromiso de someterse a sus decisiones dentro de una relación de confianza⁴, llamado *Pactum subiectionis*.

Por tanto, parte del poder individual es trasladado por concilio al Estado, siendo que se puede hablar de poderío estatal (o poder de gobierno en el lenguaje utilizado por Locke) pero el autor siempre tiene presente que este poder que se les ha otorgado a los gobernantes se encuentra en situación de depósito.

Si, eventualmente, la confianza llegare a perderse, entonces se disuelve el gobierno más no el Estado puesto que se trata de una realidad social y teórica preexistente y más amplia que el gobierno.

La sociedad civil en éstos términos es capaz de alcanzar el Poder Político Supremo, lo que implica un poder para hacer leyes y un poder para aplicarlas, es decir que en el pensamiento de Locke son el Poder Legislativo y el Ejecutivo lo que cobran mayor importancia, el tradicional poder judicial o poder de jurisdicción, se ve subsumido por el poder legislativo, quien es el facultado para decir, desde las leyes, qué es y no justo pues los jueces resuelven los conflictos aplicando lo legislado.

⁴ “Y así cada hombre, al consentir con otros en la formación de un cuerpo político bajo un gobierno, asume la obligación hacia cuantos tal sociedad constituyeren, de someterse a la determinación de la mayoría, y a ser por ella restringido; pues de otra suerte el pacto fundamental, que a él y a los demás incorporara en una sociedad, nada significaría; y no existiera tal pacto si cada uno anduviera suelto y sin más sujeción que la que antes tuviera en estado de naturaleza. Porque ¿qué aspecto quedaría de pacto alguno? ¿De qué nuevo compromiso podría hablarse, si no quedare él vinculado por ningún decreto de la sociedad que hubiere juzgado para sí adecuada, y hecho objeto de su aquiescencia efectiva? Pues su libertad sería igual a la que antes del pacto gozó, o cualquiera en estado de naturaleza gozare, donde también cabe someterse y consentir a cualquier acto por el propio gusto.” (Locke, 2010, pág. 21).

Cabe aclarar que los aportes de este autor nos dejan notar que en su pensamiento no existe la concepción de un poder único, sino de varios poderes independientes que han de actuar coordinados, no concentrados y unificados.

El Poder Legislativo por su calidad de fundador del derecho, es el gran custodio de los derechos y libertades individuales, por lo que se enviste de una responsabilidad sustancial para el correcto funcionamiento del nuevo sistema liberal y, por su carácter supremo, controla las acciones del Poder Ejecutivo que estarán orientadas al cumplimiento de la ley, pero, a su vez, está controlado por el pueblo, que tiene la obligación de oponer resistencia ante cualquier acto contrario a sus intereses por parte del legislativo⁵.

1.2.2. Montesquieu

Para este pensador, el correcto funcionamiento de un Estado radica en el Equilibrio de Poderes, según asevera:

“Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente... Tampoco hay libertad si el poder judicial no

⁵ “Aunque el poder legislativo, ya sito en uno o en varios, ya de continuo en existencia o sólo a intervalos, sea el sumo poder de toda república, en primer lugar, ni es ni puede ser en modo alguno, absolutamente arbitrario sobre las vidas y fortunas de las gentes. Pues no constituyendo sino el poder conjunto de todos los miembros de la sociedad, traspasado a una persona o asamblea que legisla, no acertará la entidad de este poder a sobrepujar lo que tales personas hubieren tenido en estado de naturaleza antes que en sociedad entraren, y traspasado luego a la comunidad. Porque nadie puede transferir a otro más poder del que encerrare en sí, y nadie sobre sí goza de poder absoluto y arbitrario, ni sobre los demás tampoco, que le permitiere destruir su vida o arrebatar la vida o propiedad ajena.” (Locke, 2010, pág. 29).

está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor...” (Montesquieu, 1906, pág. 12)

Este autor que vivió entre 1669 hasta 1755, escritor y jurista francés nacido en el castillo de *La Brède* y conocido universalmente por sus *Cartas persas* y *El espíritu de las Leyes*, tuvo una concepción naturalista del Estado, por lo que asegura que “...el gobierno más conforme a la naturaleza es aquel cuya configuración se adecua mejor a la forma de ser de la población para la cual se ha establecido...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 108)

Debemos aclarar que para la época, hablar de la configuración de un gobierno equivale a tratar de la configuración de un estado, puesto que el término gobierno era utilizado en ese sentido.

Montesquieu hace referencia a la dialéctica del Estado – sociedad, la misma que es definida en una breve frase: “El estado debe adecuarse a la sociedad, según las leyes de la naturaleza”, de manera que se le otorgue prevalencia al derecho a la libertad, pues es una ley natural y un bien fundamental de la

persona; por lo tanto, la soberanía del Estado puede adecuarse a los diversos sistemas de Gobierno⁶ en defensa de la libertad⁷.

Entonces, el Estado que es el producto de la comunidad política, canaliza su poder a través del aparato de Gobierno, este puede ser de tipo moderado o despótico; los gobiernos moderados, pueden ser republicanos o monárquicos y, los gobiernos republicanos pueden ser democráticos, cuando el pueblo ejerce el poder, o aristocráticos, cuando parte del pueblo ejerce el poder.

Siendo que en la época existía tal variedad de aparatos de Gobierno, Montesquieu planteó la posibilidad de alcanzar un gobierno que pueda ejercer con equilibrio las funciones de Estado, pues "...para que exista la libertad es necesario- que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro..." (Montesquieu L. , 1980, pág. 15)

Este equilibrio y moderación, son las cualidades propias de toda estructura o configuración de un estado en que exista equilibrio de poderes⁸, pues es importante que la soberanía del estado, logre que éste gobierne con

⁶ "Aunque todos los Estados tengan, en general, el mismo fin, que es el de mantenerse, cada uno tiene, sin embargo, uno que le es particular. El engrandecimiento era el de Roma; la guerra, el de Lacedemonia ; la religión, el de las leyes judaicas; el comercio, el de Marsella; la tranquilidad pública, el de las leyes chinas ; la navegación, el de las leyes de Rodas; la libertad natural, el de la legislación de los salvajes; las delicias del príncipe, por lo común, el de los Estados despóticos; La gloria del príncipe y la del Estado, el de las Monarquías; el objeto de las leyes de Polonia es la independencia de cada ciudadano, pero de ellas resulta la opresión de todos." (Montesquieu L. , 1980, pág. 19)

⁷ "Existe también una nación en el mundo cuya constitución tiene como objeto directo la libertad política. Vamos a examinar los principios en que se funda: si son buenos, la libertad se reflejará en ellos como en un espejo. Para descubrir la libertad política en la constitución no, hace falta mucho esfuerzo. Ahora bien, si se la puede contemplar y si ya se ha encontrado, ¿por qué buscarla más?" (Montesquieu L. , 1980, pág. 13)

⁸ "En las Repúblicas de Italia, los tres poderes están reunidos, y hay menos libertad que en nuestras Monarquías. Por eso, el Gobierno necesita para mantenerse de medios tan violentos como los del Gobierno turco. Prueba de ello son los inquisidores de Estado y el cepillo donde cualquier delator puede, en todo momento, depositar su acusación en una esquela." (Montesquieu L. , 1980, pág. 15)

formalidad, cumpliendo determinadas reglas fijas, estables y previsoras, independientemente de las manos que lo ostenten.

Asegura que un Estado no despótico es igual a un Estado equilibrado mediante el Derecho, según un sistema armónico de poderes sociales y políticos; los poderes sociales de la época eran: La nobleza, la burguesía ascendente y la monarquía, de manera que estos poderes sociales deberían encargarse de los poderes políticos supremos, así, la nobleza y burguesía deberían acceder o formar parte del Poder Legislativo y la Monarquía del poder Ejecutivo⁹.

Sólo de esta forma se puede conseguir el Equilibrio de Poderes al servicio de la libertad, el mismo que debe estar establecido por ley, pues “En un estado, es decir, en una sociedad donde hay leyes, la libertad no puede consistir más que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 110)

En ese contexto, podemos concluir que la libertad es el principio fundamental a ser respetado y protegido por un Estado, lo cual obliga a los gobernantes a actuar dentro del marco legal a fin de regular un equilibrio armónico entre los poderes políticos y sociales; esto mismo logra que se cree un poder supremo que es el estado de derecho.

⁹ “El poder ejecutivo debe estar en manos de un monarca, porque esta parte del Gobierno, que necesita casi siempre de una acción rápida, está mejor administrada por una sola persona que por varias; y al contrario, las cosas concernientes al poder legislativo se ordenan mejor por varios que por uno solo.” (Montesquieu L. , 1980, pág. 19)

Montesquieu no se refiere a la separación de poderes, sino a la colaboración de poderes, de los que el Poder Judicial se encuentra subsumido en el Poder Legislativo.

1.2.3. Emmanuel Kant

Nacido en 1724 y fallecido en 1804, su principal aporte es respecto a la compatibilidad entre la necesidad de un Estado ordenador y la Libertad Individual que se basa en la idea del Deber, pues, según dice: "...Obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal." (Vallet de Goytisolo, 2003, pág. 99)

Gracias a Kant contamos, actualmente, con la plena conciencia de que el Derecho es una ciencia social y, por tanto, sus instituciones están supeditadas a la dialéctica social; según él, el Estado Civil se distingue del Estado natural, por el hecho de pasar del derecho incierto, refiriéndose a las costumbres, al derecho cierto, refiriéndose a las leyes, por lo tanto, se torna en seguro por acción de la fuerza coercitiva de la Ley.

Contra las ideas de Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau; asevera que el estado no surge de un contrato originario; sino que surge en sí de una Idea, su propia naturaleza es ideal y, por lo tanto, todas las características

que se le otorguen dependen de la mente y circunstancias en las que es creado; el contrato, es un imperativo categórico, una consecuencia lógica de la razón, de allí nace el Estado.

Es preciso observar que para Kant la libertad según las leyes generales, dictadas por el Estado, coincide con la libertad trascendental y que toda otra libertad es una libertad causal; es por esto que la idea de Derecho creada por la idea Estado, une a los hombres, basados en la libertad, es por eso que esta unión no se presentaba en los Estados antiguos.

El ordenamiento Jurídico al limitarse a sí mismo con sus propias normas, constituye un Estado y puede pretender ser considerado legítimamente por los ciudadanos como un Poder Supremo o Soberano.

Consecuentemente, el Estado Liberal como “ficción real”, significa que los hombres crean el Estado por ser el único instituto que los hace libres. El estado representa a los ciudadanos que lo crean para que los represente; por lo tanto, el Estado es una realidad abstracta necesaria, es una forma oculta a la desnuda realidad que busca organizar a la sociedad injusta sin él.

Para Kant, el Estado no es el que crea la ficción jurídica de la unidad, como lo argumenta Jean Bodín, sino que es él mismo tal unidad.

1.3. IDEA DE NACIÓN EN UN INTENTO DE CONCILIAR LOS CONCEPTOS ESTADO Y SOCIEDAD

1.3.1. Emmanuel Sièyes

Sièyes es el creador de la expresión Soberanía Nacional como derecho de representación política, democrática, sin embargo, posteriormente sería utilizada en un sentido popular.

Escribió sus ideas en el contexto de la Revolución Francesa, por lo tanto fue uno de los impulsores de la transformación de la vieja Asamblea Estamental en la nueva Asamblea Nacional Constituyente del Estado Liberal, proceso que fue muy largo y cuya consolidación no se logró sino hasta después de los avatares bélicos de 1789.

Con la ideación de la Soberanía Nacional, Sièyes buscaba superar el organicismo estamental de la monarquía sin caer en el individualismo social que representaba la figura del Rey a quien, según nos dice, se le debía instituir como un Poder Intermedio de uno de los Estamentos del Estado, pero en calidad de representante, pues no debería permitírsele ser nuevamente el detentador de los poderes unificados del Estado.

Acuñó, también, la idea de Tercer Estado, el mismo que no era solamente un estamento, sino que era en realidad la totalidad de la comunidad, pues

decía que “...el tercer Estado es una nación completa ¿qué es necesario para que una nación subsista y prospere? Trabajos particulares y funciones públicas...”. (Gonzales Casanova, 1984, pág. 117)

El término utilizado para este tercer Estado, es Nación, de ahí la idea de Soberanía Nacional, cuyo concepto es el de “...un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura...”. Citado por (*Ibidem.*). Este concepto puede ser equiparado ahora al único concepto de Estado.

Notemos que, en el pensamiento de Sièyes, el concepto de sociedad no podía desligarse del concepto de mercado, es decir la sociedad es mercantil y contractual, una sociedad regida por la economía y, por supuesto, por la política; por lo tanto, por venir el término nación de nato y por representar al grupo radical, de raíz, incluye a la vida económica como sujeto activo.

Nación, entonces, proviene del término natural, que posteriormente fue equiparado a las concepciones de país, patria natal, lengua, usos y costumbres, sin embargo, una nación radical está definida por la voluntad de unión política por parte de la comunidad, acción que la convierte en comunidad política, cuyo origen está en las voluntades individuales que avanzan hasta lograr una voluntad común real, con lo cual forman los elementos esenciales para la existencia del Estado y, estos, juntos, forman la voluntad común representativa.

La voluntad común representativa, en primer lugar, no es plena e ilimitada en el cuerpo de los representantes porque éste no es más que una porción de la voluntad común nacional y, en segundo lugar, no es ejercida por los representantes como un derecho propio, sino como derecho de otro, de la voluntad común en comisión.

Por lo tanto, la Soberanía Nacional a la que hacía referencia Sièyes, puede ser definida como un derecho de representación política que ejerce un pequeño grupo que ostenta la voluntad común representativa, por delegación de la voluntad común nacional, en otros términos, el pueblo políticamente organizado; se trata de la ficción más importante para el derecho contemporáneo.

Según esto, el poder Político Supremo reside en la nación y su origen se encuentra en una sucesión de cesiones desde la voluntad individual hasta la voluntad común como instrumento dialéctico a favor del propio derecho al instituir las leyes generales; pues, “La nación no es el país, la tierra, la lengua, sino la totalidad de los ciudadanos que, en ejercicio de su voluntad común soberana, se dará a sí misma una constitución o la ley fundamental, la cual, a su vez, constituirá la organización jurídica – política del estado; en ese sentido, los diputados representan al todo (nación) y no al ciudadano, esto último es una creencia errónea.

1.3.2. Johann G. Fichte (1762 - 1814)

Consecutivamente con el sentido de Soberanía Nacional, el pensamiento de Fichte tiene como idea central al “Espíritu nacional”, en el contexto de la doctrina alemana.

La concepción del “pueblo”, para el pueblo germánico, estaba directamente relacionado con la de “nación natural”, pues siempre estaba naciendo y renaciendo, razón por la cual perdura ante los vapuleos del tiempo y las diferentes coyunturas; la nación es la cadena que une el pasado con el futuro.

Por lo tanto, el Estado no sería más que un instrumento utilitario que le sirve a la nación y que responde a la necesidades sociales de los individuos que la componen; es decir, en el pensamiento de Fichte, ya se encuentran presentes todos los momentos por los que pasa un grupo para convertirse en Estado; primero una sociedad como comunidad humana compuesta por individuos, la misma que se transforma en una sociedad política o comunidad política por comunión de voluntades, pero no por esto se pierden los derechos subjetivos, por lo que la comunidad política transformada en Estado no puede dejar de lado las necesidades de la sociedad originaria.

Para Fichte, la Conciencia nacional, implica la apelación al patriotismo, el que se expresa a través de la divinidad, la historia, la estirpe y el espíritu de pueblo, de lo que resulta la ideación del Patriotismo Popular.

1.3.3. Hegel

Con Hegel (1770-1831), nos acercamos al concepto de la “nación dividida”. Este pensador, expuso sus ideas, en un contexto nacional, el mismo que ya había sido iniciado por Johann G. Fichte, pero desde un punto de vista más realista, haciendo cuenta de que la sociedad en que vivimos es desigual.

Ejerce una crítica al racionalismo abstracto del pensamiento liberal, puesto que, según afirma, este pensamiento no ha podido escapar de la contradicción de una sociedad conflictiva, dividida, clasista, la misma que era producto natural de la convivencia entre seres humanos y de las relaciones económicas y culturales; en ese sentido, los diferentes estratos de la sociedad no podían ser tratados en virtud a una igualdad generalizada, puesto que ésta no existía.

El paradigma de los principios liberales, no podía ser entendido si no se cumplía con hacer la diferenciación entre la gente que ostentaba un estrato de la que ostentaba uno diferente.

Tras este fracaso estructural del estado Liberal, idea un Estado Fantástico por el cual es posible resolver los conflictos de una sociedad estratificada y desigual de manera armoniosa, prestando cuidado en que las igualdades tomen en cuenta las diferencias, éste es el Estado Socialista por el que la sociedad sea realmente representada o un Estado Liberal en el que la individualidad y las libertades sean representadas; pues, la Sociedad Civil

se encuentra enfrentada en sí misma a su realidad, en la que existe una constante lucha de clases.

“...Hegel no hace más que asumir el hecho real de la sociedad desigual y dividida, abocada al imperialismo colonial, toda armonía política preestablecida le parece, pese a su racionalismo, una sin razón...”
(Gonzales Casanova, 1984, pág. 126)

En ese sentido hace una comparación con la dinámica de las ciudades-estado en que “la libertad – participación de los antiguos es preferible a la libertad – resistencia de los modernos” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 126); en eso radica la protección del individualismo personal y la defensa de las libertades, en la participación ciudadana que es ejercida en el contexto de sociedad.

Por tanto, el Estado moderno debía ser el producto de la unión entre la universalidad y la total libertad basada en la particularidad y la prosperidad de los individuos, de manera que se lograba obtener el justo medio entre los intereses de la sociedad y del individuo, puesto que la libertad del individuo se caracteriza por el respeto a la libertad de los demás; el individuo accede a su liberación formando parte del Estado, de manera que los pueblos o naciones libres construyen su propio Estado.

El ejemplo de la polis griega, es el parangón perfecto para demostrarnos que el Estado debe estar al servicio de la liberación del Hombre conjugando sus

derechos personales con los de la sociedad, a partir de sus libertades concretas, pues, fuera del Estado el ciudadano no es nada.

Por todo esto, Hegel otorga tres particularidades al Estado que conllevan a la consecución de la finalidad ya descrita: en primer lugar, lo bautiza como una Instancia Suprema que permite a la sociedad mantenerse unida, pese a que está dividida; en segundo lugar, señala que ésta Instancia es necesaria para las clases dominantes, las clases dirigentes, pues les marca las pautas para el ejercicio de sus funciones a partir del respeto de los intereses dominantes al servicio de toda la sociedad, con la plena conciencia de que las necesidades necesitan ser satisfechas por el papel interventor, regulador, garantizador y proveniente del Estado; en tercer lugar, presenta al estado como la órgano que tiende a autonomizarse de las clases sociales de donde surge, lo cual se explica con la lógica interna de su propia organización y la tecno-burocracia que lo hace funcionar que es independiente por necesidad pero no por eso deja de lado las necesidades propias de la sociedad donde se desenvuelve.

1.4. TRÁNSITO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIALISTA

Esta situación de tránsito es calculada desde 1848 en que se suscitó el triunfo de la revolución democrática, hasta 1924 en que pasadas todas las ideologías socialistas, se logra consolidar como nuevo Sistema, no de carácter generalizado, pero sí como opositor del sistema liberal, cuyo apogeo no se dio con la Revolución Francesa, sino que fue producto de una cadena de

acontecimientos que nacieron desde la Monarquía Limitada de la Inglaterra del siglo diecisiete (1688) que se diferenciaba de todas las demás monarquías absolutistas.

Cabe aclarar, que la evolución hacia el liberalismo no fue homogénea en toda Europa, pues mientras que Inglaterra tenía su monarquía limitada, Francia era testigo de una Revolución que tuvo su punto más alto en 1789 pero que había iniciado desde el siglo pasado y no terminó con la insurgencia popular, por otro lado, España era el único país europeo constitucional al siglo diecinueve, con la Constitución de Cadis de 1812 que devino en un híbrido con el regreso del Rey Fernando VII en 1814.

1.4.1. El Mito de la Revolución Francesa

La Revolución de 1789, puede ser considerada como tal en tanto y cuanto consagró el modo de producción capitalista en la economía agraria de la época, frente a los residuos del Feudalismo imperante en la Edad Media; pero, el levantamiento popular no fue exactamente eso, sino que fue una concertación de conveniencias entre los estratos sociales que no terminó por darle poder a los burgueses, como cuenta la historia, sino que logró formar una mixtura entre Aristocracia y Burguesía como una unidad en defensa del interés privado.

El nuevo poder, no adoptó formas de Estado Liberal para dirigir la sociedad francesa, sino que se convirtió en una manera conveniente de manejar la economía francesa a favor de sus ostentadores, que no eran muchos no los más pobres, sino, en contrario, “...el poder de las clases dominantes se fortaleció frente a las rebeliones populares que se fueron sucediendo desde 1815 hasta 1871, siendo la última la del municipio (*comune*) de París...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 184).

“...En fin, la revolución francesa no tuvo más componente democrático que el introducido por los jacobinos de la pequeña burguesía (Robespierre, Danton Marat, Saint Just) y los grupos socialistas igualitarios (Baboeuf, Bounarroti). La Burguesía no llevó a cabo ninguna revolución democrática, ni siquiera en 1848...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 154).

La revolución francesa desde 1789 hasta 1799, fue todo menos un paradigma, puesto que suscitó un desordenado modo de conducir la sociedad que, de ninguna manera puede ser considerado Estado, es así que durante esa década se suscitaron varios conflictos y pactos entre los diversos poderes de la sociedad que volvió a concluir con la recomposición del poder hegemónico favorable a la burguesía capitalista.

La derrota de los grupos populares como la pequeña burguesía y el proletariado urbano y rural, también tuvo sus propias consecuencias que estuvieron orientadas hacia el rechazo práctico de la ideología originaria del

remedo de Estado Liberal que dio origen a una segunda revolución francesa en 1848.

1.4.2. El Mito de la Revolución Democrática de 1848

Según lo antes dicho, esta revolución se promovió por los estratos populares de la sociedad francesa, quienes no estaban de acuerdo con la práctica liberal que se llevaba a cabo favoreciendo a las clases más pudientes.

Es a causa de esta incomodidad popular que, en la primera mitad del siglo XIX, tuvo lugar la Revolución Industrial, en la que las masas trabajadoras, conscientes de las injusticias de las que eran víctimas se revelaron invocando antiguos ideales medievales de la Ilustración Racionalista del siglo diecisiete y dieciocho.

No se trató de una revolución burguesa democrática, sino de las fuerzas populares reclamando derechos que se les habían recortado e incluso anulado a favor de las clases dominantes, es por esto que se forjó una nueva ideología que combinaba el corte liberal con el nacional, creándose la ideología nacional-liberal.

Dentro de este contexto, las clases dominantes, lograron frenar la posible revolución mediante la asunción de algunas reivindicaciones para la clase popular y mediante pactos que denotaban menor desigualdad, desde el punto de vista de diferencia entre clases, materializadas en Constituciones

Liberales, sufragio democrático, pequeñas reformas sociales; que, sin embargo, se trataron de bálsamos temporales que terminaron con la consolidación de las clases dominantes.

1.4.3. La Commune de 1871

Esta creación de una comuna que favorezca a la clase popular, puede ser considerada como el fin de la utopía liberal que había sido generada con la revolución de 1848; se trató de la unión de las fuerzas populares alrededor del ideal político de una república democrática e igualdad social.

Estas fuerzas populares se reunieron con la finalidad de ejercer su propia representación en el Estado francés, es tras esto que “...el Municipio de Paris, asediado por burgueses y prusianos, intentó durante unas semanas una experiencia inédita: La Revolución social colectivista e igualitaria mediante la posesión del poder político en el ámbito de un gran municipio...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 155)

Por esta coyuntura, el proletariado colectivista (socialista, anarquista, comunista), asumió por primera vez, de modo concreto y práctico, el reto de un organización Estatal, con la idea misma de que el Estado sería un futura comunidad política de cara a una sociedad sin clases y colectivista basada en los trabajadores.

De esta manera se buscaba una progresiva consolidación del Estado Liberal, mediante una asimilación selectiva y depurada de dos ideas fuerza: la Democracia y la Igualdad Social.

1.4.4. El Contra – modelo de Sociedad Capitalista

Como contra modelo de la sociedad capitalista, aún en la época de la ilustración, surgió como primer nuevo modelo el Comunismo de la Ilustración, que idealizaba el supuesto del Comunismo de Bienes que era aplicada por las sociedades primitivas y por los primeros cristianos; contiene una crítica profunda al principio de la propiedad privada y al hecho de la desigualdad económica y social; por lo tanto, la crítica iba dirigida al Estado de aquella época, pues estaba fundado en falsas bases.

Continuando con lo ya establecido por el comunismo, surge el Socialismo exigía que se lleve a las últimas consecuencias los planteamientos liberales, pues la libertad, la igualdad y la solidaridad habían sido vulneradas por la existencia del Estado, pues servía para justificar la ostentación del poder por las clases altas; consecuentemente, consideraban urgente prescindir del Estado para dejar que la gente se asocie libremente en el plano de la equidad, la igualdad dentro de la desigualdad, en lugar de someterla a poderes instituidos como superiores; por lo tanto, se debería sustituir al gobierno de los hombres por la simple administración de las cosas.

En este camino, se puede corroborar que el liberalismo moderno, conduce indefectiblemente al socialismo, puesto que lejos de ubicarse como un contrasentido del mismo, pretende conseguir una correcta aplicación de los principios que se habían sectorizado, aún en contra de su propia naturaleza.

En tercer lugar, se puede señalar el surgimiento del Anarquismo, corriente que excluyendo la variante individualista del liberalismo, prolonga su dimensión social: “...no debe existir ningún poder coercitivo de mando (anarquía), porque el hombre tiene que asociarse libremente, ya que la sociedad es su vida...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 159) el Anarquismo tiene una doble función: la asimilación radicalizada del liberalismo de las clases dominantes entre intelectuales y, la respuesta alternativa al modelo social y estatal injusto o inhumano que se estaba presentando de manera totalmente contradictoria a los principios proclamados de Libertad y Humanidad.

1.4.5. Contra – modelo de Estado Liberal

Rousseau, al introducir el antiguo mito democrático en la ideología liberal, logra obtener la última justificación para la existencia del Estado.

“...El mito de la democracia...se halla situado en el borde mismo, en la frontera, que separa la idea de Estado de la idea de Sociedad que se autogobierno y se autogestiona, según los postulados utópicos del socialismo...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 140)

1.5. DEL ORIGEN DEL ESTADO LIBERAL CON JEAN JACOBO ROUSSEAU

Hemos considerado pertinente realizar un tratado independiente de este pensador, que debió estar ubicado junto con John Locke, Montesquieu y Kant, en la época de la ilustración; debido a que su propuesta ideológica significó la consumación de los ideales liberales en el siglo dieciocho, que propiciaron el inicio de los movimientos revolucionarios, como lo es el de 1789, y la base para su posterior desarrollo.

Juan Jacobo Rousseau vivió entre 1712 y 1778, su aporte se considera el más importante debido a que en sus planteamientos logró madurar lo dicho por sus antecesores y cohesionarlo con antiguas teorías que adecuadas a la realidad de su sociedad resultaron en una tesis bastante completa respecto al ideal liberal.

La obra de Rousseau es importante porque, según el mismo lo dice, pretende “...unir siempre lo que permite el derecho con lo que dicta el interés, a fin de que no estén separadas la utilidad y la justicia...” (Rousseau, 2004, pág. 12) separándose de los intereses que moverían a un príncipe o legislador, pues esa búsqueda la inicia como un integrante más de la sociedad política que está preocupado por su futuro.

Su primera aseveración y fundamento es respecto a la libertad como derecho, sobre la cual afirma que “...no viene de la naturaleza; luego se funda en convenciones...” (Rousseau, 2004, pág. 12). Una convención en la que los

hombres “...sólo enajenan su libertad por su utilidad misma...” (Rousseau, 2004, pág. 15), no por acción de la fuerza, pues la fuerza no constituye derecho, pues sólo hay obligación de obedecer a los poderes legítimos.

Respecto a la teoría clásica sobre el poder y el derecho, señaló que “...El más fuerte no es nunca lo suficiente como para ser siempre el dominador si no es capaz de transformar su fuerza en derecho y la obediencia en deber...” (Gonzales Casanova, 1984, pág. 142).

Presentó una nueva visión de la teoría del Pacto o Contrato Social que había significado en el pasado una manera de “...asociación que defienda y proteja de la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y a través de la cual, cada individuo, al unirse a todos los demás no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como al principio...” (Ibíd.); que gracias a él, se entendió como el acto por el que “...cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y nosotros recibimos como grupo o cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo...” (Ibíd.).

Rousseau parece conceder con el Leviatán de Hobbes; sin embargo, la diferencia radica en que “...la soberanía reside en el conjunto de ciudadanos como tal conjunto. Es la comunidad política la soberana...” (Ibíd.). En ese sentido, este ente creado por nosotros mismos tiene el derecho a obligarnos y nosotros el deber de obedecerlo porque así nos estamos obedeciendo a nosotros mismos, pues el gobierno de cada uno coincide con el poder soberano de todos.

Por lo tanto, la libertad resulta ser una obligación para cada uno de los integrantes del pueblo, la misma que se configura mediante la obediencia de la voluntad general que siempre va dirigida hacia el interés general; no es importante la voluntad, por más general que sea, que vaya dirigida a la consecución de un interés particular.

Para Hobbes el Estado era un artificio, calculado y construido con la precisión de una máquina perfecta, cuya finalidad es protegernos de los otros hombres, puesto que estamos constantemente en estado de guerra; para Rousseau, no hace falta la creación paralela de ningún Ente fantástico; pues, los propios integrantes del pueblo configuramos y conformamos la institución estatal, pues es lo bueno, lo útil, lo justo lo que une a los ciudadanos, no su interés egoísta.

El todo es antes que las partes. Rousseau entroncará el pensamiento clásico con lo que, tras su obra, será el ideal central de Kant y Hegel: Lo general o universal se expresa mediante la ley; pues, la soberanía corresponde a la voluntad general del pueblo y la voluntad general soberana se expresa mediante la ley.

Desde el pensamiento de Rousseau, el soberano no es más el monarca ni la comunidad política como tal, sino la población de un Estado en cuanto busca el interés general a través de las leyes; este interés se ve materializado al momento de expresar la voluntad general que se guía por el principio de unanimidad, el voto de la mayoría obliga siempre al resto, cuanto más concierto hay en las

asambleas, más dominante es la voluntad general, cuya generalidad radica en la finalidad del interés y no por el número.

Otra afirmación es respecto a la naturaleza del hombre, quien nace bueno pero la sociedad lo corrompe, el hombre está partido pero ha de tender a re-unirse, es la comunidad quien lo completa.

Hace una diferencia entre los términos comunidad y sociedad, en el sentido de que la comunidad es la reunión de los seres humanos tal y como son, cuya comunicación es natural, pero la vida en sociedad obliga a que dicha reunión se configure en los términos que se nos ordena, de manera que se logre el orden social para la obtención del bienestar general.

No habla del gobierno del pueblo por el pueblo, sino de la soberanía del pueblo como comunidad concreta o nación política, expresada mediante el voto mayoritario y única justificación del deber que todos los ciudadanos, incluida la minoría, tienen la obligación de obedecer a la voluntad general.

Distingue entre los poderes del Estado, otorga mayor importancia al poder Legislativo, que según indica, es el que ostenta la soberanía otorgada por el pueblo, pues el ejecutivo sólo ejecuta lo que está legislado.

1.6. EL ESTADO SOCIALISTA DESDE LA PERSPECTIVA DE CARLOS MARX

Carlos Marx vivió en el periodo de 1818 y 1883; es uno de los pensadores socialistas que dejaron mayor legado en cuanto a la ideología que cambió es estatus social, dejando de lado los argumentos liberales que habían resultado demasiado abusivos por efectos del ejercicio de un capitalismo crudo que no respetaba los derechos humanos.

Estableció conexiones entre los conceptos de economía, relaciones sociales, poder político, ideología; que constituyen un todo dinámico, histórico con una doble estructura, espacial y temporal.

El Estado, como comunidad ilusoria, es un mediador entre el hombre y su libertad, según afirma, "...Allí donde el Estado político alcanza su desarrollo completo, el hombre lleva en la vida y en la realidad, y no sólo en pensamiento y conciencia, una doble vida: una vida terrestre y otra celeste. Por un lado, la vida en la esencia colectiva política, donde actúa como hombre privado y considera a los otros como medios..." (Gonzales Casanova, 1984, pág. 154)

En este sentido, el estado es sustituido por el comunismo, que es un movimiento real que suprime el estado de las cosas vigentes; de esta manera, se consigue la liberación de la clase oprimida, de la dictadura contra el proletariado, de manera que se conforma un Estado transitorio, contra el Estado coercitivo que había imperado hasta entonces.

1.7. SOBRE EL ESTADO SOCIAL

Debemos recalcar que desde la aparición del Estado Liberal, el modelo político democrático predominante es la democracia, pero ésta restringía su ámbito de aplicación para las clases dominantes; posteriormente, cuando las clases que no ostentaban el poder cayeron en la cuenta del perjuicio que les causaba ésta situación, nació otro tipo de democracia que opera de cara al pueblo, cuyo Estado se autodefine Social; este tipo de Estado surge a finales del siglo XIX y principios del XX cuando se gestó el origen de este nuevo modelo estatal, pero es hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando se consolida en los países desarrollados de Occidente.

Esto, con motivo de la Revolución de 1848, a la que ya nos hemos referido en anterior acápite, cuyos efectos se extendieron hacia Francia, Austria, Italia y Alemania y; la Revolución Rusa de 1917 supone un punto de inflexión en todo este proceso.

En este contexto se origina la crítica marxista-leninista al Estado Liberal-democrático que gravita en la idea de que el Estado, ya sea liberal o liberal-social que se estaba suscitando desde la Revolución Francesa, al basarse y fundamentarse en la infraestructura económica capitalista, no es más que una superestructura al servicio de los intereses de la clase dominante que omite la creación de políticas sociales-populares.

El Estado Social surgió como reacción desde el poder y las instituciones del sistema democrático, a los desequilibrios y desajustes producidos por la economía capitalista; sin embargo, se cometió el error de negar, incluso, los efectos positivos del Estado Liberal, mediante la imposición de restricciones extremas.

Las corrientes ideológicas del Socialismo se dividen en dos causas, uno más ideal que el otro, es por esto que el primero es llamado Socialismo Utópico y el segundo, Socialismo Científico, siendo este último el marxista.

Del Socialismo Científico, propugnado por Carlos Marx, también se originan dos corrientes, la primera es llamada Social Democracia, por el que valoran positivamente al Estado como un instrumento útil para la construcción del socialismo, y la segunda, planteada por Lenin y sus seguidores, que defienden la teoría clásica de la eliminación del Estado y la vía revolucionaria.

La indolencia del Sistema Liberal para fijarse en los problemas que este mismo generaba, caló, además en los ideólogos de la Iglesia, quienes tampoco podían tolerar el grado de injusticia que había alcanzado la sociedad, es así que se pronunciaron en contra del liberalismo económico imperante, así tenemos el RERUM NOVARUM del Papa León XIII; y propugnando el principio del bien común que serviría para inspirar la elaboración de las Leyes en la actualidad, y el principio de subsidiariedad.

El Estado social es un tipo de Estado de Derecho que asume la responsabilidad de garantizar un mínimo de subsistencia a todos sus ciudadanos, para lo cual tiene que asumir un papel activo, comprometiéndose con los valores de la justicia social y de la igualdad. Así, entre los fines del Estado figura el de la preocupación por el bienestar material de los ciudadanos. El Estado social supone la revisión del modelo capitalista liberal ortodoxo.

1.8. CARACTERES DEL ESTADO SOCIAL

Por las circunstancias de la época, en que la necesidad popular era creciente, el Socialismo, entendía el Principio de Subsidiariedad como una obligación de intervencionismo económico y actitud positiva del Estado, puesto que la situación de desigualdad entre los derechos de las clases dominantes y las clases dominadas, ameritaba la búsqueda de la justicia social y la corrección de desequilibrios sociales a favor de las últimas.

En ese sentido, los derechos sociales y económicos se asumen como indivisibles respecto de los derechos políticos y adquieren un carácter general demográfico.

1.9. EL LLAMADO “ESTADO DE BIENESTAR”

Como lo hemos mencionado ya anteriormente, la búsqueda de limitar el poder y asegurar las seguridades fundamentales en el estado Liberal terminaron por ensalzar desmedidamente algunas de las libertades en detrimento de otras igual de importantes; situación por la que la sociedad pasó de un absolutismo monárquico a una absolutismo burgués.

Es en este contexto de desconocimiento de los derechos fundamentales de la población que surgió una nueva variante del Estado Liberal, en la centuria número XIX; señalamos que se trata de una variante debido a que la estructura estadual no se varió, como sí se variaron los cimientos en los que esta se sostiene. Es así que, según señala Geraldés Da Cunha, "...la primera categoría, en sus orígenes era un modelo estatal basado en la autonomía de la sociedad, garantizada a través de los derechos fundamentales que se conciben como limitaciones del poder estatal. Su objetivo es proteger la libertad individual. En cambio, el estado social se dirige a garantizar la subsistencia de los ciudadanos." (Geraldés Da Cunha Lopes, 2012, pág. 77).

Es decir, el Estado de Bienestar, como una variante del Estado Social, se preocupa, lejos de fomentar el individualismo, por elaborar políticas de gobierno en las que se tiene como principal protagonista a los derechos de la población.

Cabe resaltar que en la primera etapa del estado de Bienestar (finales del S. XIX) existía un catálogo limitado de derechos y no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que surgió un nuevo catálogo de derechos humanos, conocidos como Derechos Económicos, sociales y culturales; dentro de los cuales se incluyen valores sumamente relevantes como el derecho a la salud, el derecho a la educación, la jornada laboral, la seguridad social, entre otros.

Es recién a partir de la segunda post guerra que la política social se vinculó a los objetivos económicos, es por ello que se propulsó la intervención de la política en el crecimiento económico de los países. “En estos años se generaliza la idea de que la pobreza, además de ser un problema económico, también lo es político, porque la paz tiene que basarse en la justicia social.” (Gerald Da Cunha Lopes, 2012, pág. 82).

Es precisamente en este tipo de estado que surgieron las políticas paternalistas, debido a que la preocupación del estado hacia el reconocimiento de los Derechos Económicos, sociales y culturales de la población, lo hacía cada vez más intervencionista, rebasando los límites de la autonomía de la personalidad de los ciudadanos al momento de establecer sus políticas económicas, sociales y hasta culturales.

En ese sentido, se decidía acerca de los modos de distribución de la riqueza, la manera de llevar a cabo el comercio, destruyendo casi por completo la inversión privada para convertirla en inversión estatal; el predominio de la cosa pública fue absoluto, de manera que nuevamente se caía en un absolutismo, ya no monárquico, pero sí oligárquico, o inclusive autárquico.

Como lo señala Diertelen, este tipo de Estado “...es el único que ha logrado conciliar la garantía de ciertas libertades básicas con un tipo de redistribución que trata de aminorar las desigualdades económicas.” (Diertelen, 1988, pág. 176). Esto se debe a que dicho Estado está regido por una fórmula básica que

consiste: primero en la obligación explícita del aparato del Estado de dar soporte y asistencia (ya sea en dinero o en especie) a aquellos ciudadanos que tienen necesidades y se enfrentan a riesgos específicos, propios de una sociedad de mercado; dicha asistencia se da como una legalización de ciertas peticiones que se garantizan a los ciudadanos; segundo, el Estado de Bienestar reconoce el papel formal de ciertos grupos, como los sindicatos, que actúan en el regateo de ciertas políticas colectivas, formando parte de la política pública.

Ad empero, ocurre que cualquier extremo es malo, y ocurre que fomentar políticas paternalistas sin límite, genera nuevos problemas en la sociedad, puesto que termina por aletargar o embobar a sus miembros, tornándolos en incapaces para generar riqueza por ellos mismos, incluso para cubrir sus necesidades más básicas, sin el apoyo de su gobierno.

Por otro lado, dicha políticas se extendieron más allá de la intervención del gobierno en la economía, puesto que intervino en la esfera privada de los pobladores a fin de tomar decisiones en circunstancias tales como la decisión acerca de los productos que podría o no consumir, la forma de educación, la forma de ahorro para el futuro, entre otros, todo ello bajo el pretexto de su propio bien.

Ello importa el carácter peyorativo del paternalismo del que habla John Stuart Mill, cuando señala que «... el principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad individual o colectivamente se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la

propia protección. Que la única finalidad por el cual el poder pueda con pleno derecho ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque lo haría más feliz, porque la opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo» (Stuart Mill, 1970, pág. 65).

Por lo tanto, este nuevo tipo de absolutismo, a la larga, termina por afectar en igual o mayor medida a la población, cuyos individuos se inutilizan para gerenciar sus propias vidas, convirtiéndose en dependientes de sus representantes, lo que se degenera en un gobierno totalitarista, cuyos integrantes se aprovechan del adoctrinamiento de los pobladores para trasgredir sus libertades. Tal y como ha ocurrido en nuestra historia en las diversas formas de gobierno totalitario que se han registrado.

1.10. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Para efectos del presente trabajo, es de suma importancia conocer los principios en los que se funda el estado Constitucional de derecho, los mismos que parecen contradecir los del Estado de Bienestar, pero que, sin embargo, lo único que hacen es acentuar el carácter vinculante de la Constitución como norma fundamental de un Estado, según lo cual, el estado ya no es sólo un mero guardián del cumplimiento de la Ley, sino que se convierte en un garantista de

los derechos fundamentales y constitucionales en general, según el cual debe desarrollarse todo el resto del ordenamiento jurídico.

Como bien lo señala el Dr. Raymundo Gil Rendón (Gil Rendón, 2012, pág. 177), existe una visión neo-constitucionalista del Estado, el cual implica una "...opción diferente para el "Estado de Derecho", donde impera un concepto distinto acerca del "Derecho"; lo cual implica una novedosa y distinta "Teoría del Derecho", en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas las normas jurídicas: "La Constitución"." (Ibídem.)

Con esta nueva concepción cambia no solamente la forma de componer el ordenamiento jurídico, con la Constitución en su cúspide, sino que cambia también la forma de interpretar el Derecho mismo, es decir, quedan atrás aquellas formas de interpretación jurídica que se agotaban en la mera exégesis de las normas positivizadas para abrirle camino a una nueva interpretación dogmática.

En ese sentido, este nuevo Constitucionalismo, nos lleva a adquirir la conciencia de que la Constitución no se trata de un catálogo normativo positivizado, sino de un conjunto de vivencias materiales, concepciones, principios y valores que priman según la sociedad en la que se erigen y la cultura que las concibe, lo que aporta para entender y aceptar el pluriculturalismo.

Según lo afirma Ferrajoli, el Estado Constitucional de Derecho sería el nuevo modelo de formación teórica y práctica en el cual la subordinación de la Ley a

la Constitución ya no implica más la protección de los derechos fundamentales del ciudadano frente al *ancien régime* absolutista, sino un límite en los derechos constitucionales que corresponden a prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, como garantía de los derechos de todos frente a los abusos ahora propiciados por el gobierno mismo, dado que si éste ejerce el poder de forma irrestricta podría nuevamente poner en peligro la democracia ganada (Ferrajoli, 2004).

Como lo hemos señalado ya en el recuento histórico realizado, el primer cambio de paradigma del Derecho, en nuestra historia, se produjo con el nacimiento del estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad (Montesquieu, 1906) como norma de reconocimiento del derecho positivo existente; lo cual implicaba que el poder primigenio era el legislativo y que, los demás poderes sólo deberían limitarse a la aplicación de la ley. Tan es así que se afirmaba que “el Juez debe ser la boca de la Ley”; y que no hay libertad si “...el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez sería al mismo tiempo legislador...” (Montesquieu, 1906, pág. 227). Sin embargo, estas perspectivas se explican perfectamente por el contexto histórico ya explicado anteriormente, en el que lo importante era despojarse del absolutismo.

El segundo cambio, no menos radical que el primero, fue el producido en el último medio siglo próximo pasado con la subordinación de la legalidad misma, garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad, a constituciones

rígidas, jerárquicamente supra-ordenado a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Es decir, que la ley pasa al plano desarrollador de la constitución.

Cambian, entonces, las formas de producción legislativa donde se le impone en el Estado Constitucional de Derecho, prohibiciones y obligaciones de contenido tales como a los derechos de libertad y a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas. Por otro lado, cambia el papel de la jurisdicción, si es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre un juicio de valor sobre la ley, que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad.

Una cuarta transformación, en la cual la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión substancial de la democracia, donde existe un límite en los derechos constitucionales que corresponden a prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, como garantías de los derechos de todos frente a los abusos de tales poderes que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Existen en la actualidad muchas sistematizaciones acerca de los principios que importa el llamado Neoconstitucionalismo que postula el actual estado Constitucional de derecho, entre todas éstas, encontramos la sistematización

realizada por Luis Prieto Sanchís, el mismo que estructura los principios de este nuevo tipo de Estado de la siguiente manera:

En primer lugar, y como elemento diferenciador de los tipos de estado anteriores, tenemos al carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución; según lo cual este conglomerado normativo no es más "...un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe..." (Prieto, 2003, pág. 116). Primer cambio paradigmático sumamente importante debido a que a partir del estado Constitucional de derecho, los principios Constitucionales dejaron de ser meras declaraciones para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico de los países, lo que implica que las constituciones, ya sean materiales o formales, están dotadas de la posibilidad de materializarse, siempre en pro de la justicia por encima de la legalidad.

En segundo lugar, dicha vinculatoriedad se ejercía en situación de supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes (*ibídem.*); es decir, que dicha vinculatoriedad está dirigida a todas las actuaciones del poder constituido, independientemente de si se trataba de la función legislativa, la ejecutiva o la jurisdiccional. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Debido a esto, todas las normas que se encuentran jerárquicamente en un escaño inferior deben ser concebidas y desarrolladas de conformidad con los principios reconocidos constitucionalmente; es decir que

cualquier ley o norma infra-legal que contraría a la Constitución está sujeta a un juicio de constitucionalidad de parte de los órganos competentes, luego del cual, si resulta manifiestamente contraria, será esputada del ordenamiento jurídico. La misma limitación también está impuesta a la actuación de los funcionarios y servidores públicos, como de los jueces y diversos magistrados del aparato jurisdiccional.

En tercer lugar, es importante resaltar la eficacia o aplicación directa de las disposiciones constitucionales (Prieto, 2003, pág. 117). No requiere de ningún otro acto jurídico como la ley para desplegar su fuerza vinculante, es decir, que la Constitución tiene fuerza normativa y, en caso de que por razones de técnica o estrategia contiene normas programáticas, las normas que la desarrollan forman parte del bloque de constitucionalidad, las mismas que están dotadas de rango y fuerza constitucional.

En cuarto lugar se ubica su cualidad de garantía judicial (*ibídem.*). Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Dicha característica de garantía se efectiviza en nuestro país a partir de la regulación del artículo 200° de la Constitución Política de 1993, ya que no basta con un proceso de inconstitucionalidad para asegurar la eficacia de los derechos constitucionales, sino que además contamos con otros procesos que se constituyen en garantías de la eficacia constitucional, tales como el habeas corpus, el habeas data, la acción de amparo, el proceso de cumplimiento, la acción popular, la resolución del conflicto de competencia, etc. Un rasgo típico del constitucionalismo

contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida por tanto la Constitución.

En quinto lugar se ubica la presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices que no se agotan únicamente en un texto constitucional, sino que se extienden hacia la propia vivencia constitucional (constitución viviente o material), las normas de desarrollo constitucional y el contenido esencial desarrollado de los derechos fundamentales, este último, sumamente importante para nuestra disertación.

Para Jaime Cárdenas, el modelo Neoconstitucionalista es una visión que impacta le vivencia del derecho. La Constitución se presenta como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación (Cárdenas Gracia, 2012, pág. 32).

La Constitución es omnipotente en cualquier análisis, asunto o caso, la ley pasa a segundo plano, es más, la ley y cualquier otro ordenamiento debe verse siempre bajo el prisma de la Constitución y, algo muy importante, el derecho no representa un esquema homogéneo de sociedad sino heterogéneo y plural, en muchas ocasiones expresión de valores tendencialmente opuestos.

El Neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley. La certeza de paleo positivismo era ilusoria y solo cabe recordar como las posiciones de Kelsen o Hart derivan en una fuerte discrecionalidad.

El Neoconstitucionalismo no se engaña, sabe que los casos difíciles están ahí, al igual que la colisión entra principios contrapuestos; reconoce esas circunstancias u obliga al juzgador y a toda autoridad a una argumentación suficiente que justifique las decisiones. La discrecionalidad judicial es controlada, no con una herramienta falsa e inadecuada-la subsunción y silogismo-para todos los casos, sino con argumentos diferentes que significan un mayor esfuerzo justificatorio, como es el caso del uso del principio de proporcionalidad (ponderación).

Metodológicamente se dice que el Neoconstitucionalismo conecta el Derecho y la Moral. Desde el punto de vista de Jaime Cárdenas (Cárdenas Gracia, 2012, pág. 43), ésta conexión es inevitable. Los sistemas normativos están interrelacionados entre ellos, lo relevante es que los problemas jurídicos se resuelvan aduciendo razones jurídicas, y el sistema jurídico abierto de Neoconstitucionalismo hurga en el sistema jurídico-principios expresos o implícitos-para encontrar las soluciones.

CAPÍTULO II
EL PATERNALISMO JURÍDICO EN EL CONTEXTO DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2.1. PATERNALISMO

Al revisar los comentarios y tratados acerca del paternalismo jurídico se observa que la gran mayoría han tomado como base para su propio desarrollo los postulados de John Stuart Mill, de quién aprehendimos que el respeto de la libertad radica en la limitación del poder (gobierno) teniendo como marco la autonomía de la voluntad, siendo que la única razón por la que el poder puede quebrantar la voluntad particular es bajo el supuesto de que ésta perjudique a los demás, según este pensamiento que se ha convertido en el rector acerca del ejercicio del poder, el mismo que no puede obligar ningún ciudadano a actuar

de determinada manera justificándose en que dicha actitud redundará en su propio bien, pues se estaría suprimiendo su autonomía.

Dworkin define al paternalismo como “la interferencia de la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas” (citado por Dieterlen, 1988, pág. 181), asimismo, identifica como elementos del paternalismo a la interferencia en la libertad de acción de una persona, la coerción y la presencia o ausencia de consentimiento (citado por Dieterlen, 1988, pág. 181). Entendiendo como interferencia en la libertad de acción de una persona la utilización de ciertas regulaciones a nivel normativo-reglamentario que impedirían la realización de sus planes de vida (Dieterlen, 1988, pág. 181); la coerción se da cuando la elección de una persona respecto de cualquier situación está condicionada a una amenaza, es decir, cuando esta elección se determina por el temor a una posible sanción por elegir algo contrario a lo impuesto (Dieterlen, 1988, pág. 181) y la presencia o ausencia de consentimiento.

Para la concepción actual de Estado, el aporte de este pensador es el pilar para el desarrollo de los derechos fundamentales de las personas y la protección de su dignidad; por tanto, debemos tener sumamente claro que lo referido en el párrafo anterior constituye la regla general que debe guiar el actuar de nuestros representantes ostentadores del poder, ya sea legislativo, ejecutivo o judicial y que si ha de adoptarse una medida que quebrante dicha regla, aquella debe ser cuidadosamente justificada, la lesión que cause en la libertad del grupo o

individuo en el que se aplique debe ser apenas imperceptible y, debe tener como vector la protección de su dignidad, pues es posible trasgredir en mínima escala a la dignidad para obtener un mayor grado de protección la misma dignidad.

Al respecto M. Bayles citado por Ramiro Avilés (2006, pág. 213) señala que existe un línea de demarcación clara entre las normas que prohíben determinadas acciones que dañan a terceros y las disposiciones normativas paternalistas, debido a que las primeras se rigen por el Principio del Daño, que se aplica cuando una acción “A” causa daño en “B” y, las segundas, se rigen por el Paternalismo, que se hace efectivo ante una acción “A” que cause daño en sí mismo. Consecuentemente, el paternalismo jurídico representa una intromisión del Estado en el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, imponiendo la adopción de ciertas conductas cuya finalidad es la protección de sus propios derechos fundamentales; justificando su intromisión en la posibilidad de que al actuarse de otra forma, el propio ciudadano se autogenerará un daño objetivo.

Por su parte, una política perfeccionista es aquella por medio de la cual en el marco de un sistema imperante, se coacciona a determinado individuo que debiera pertenecer al sistema, para que se adecúe al patrón de excelencia por el cual se rige la mayoría, de manera que sea considerado moralmente virtuoso.

Observamos, entonces, que entre estos dos modelos de intromisión en la individualidad de las personas, uno es más lesivo que el otro, pero ambos significan el detrimento de la libertad personal. En cuanto al paternalismo, el

objetivo no es seguir un patrón establecido por un sistema vertical, sino adecuar determinada conducta para que una circunstancia específica no sea lesiva a los derechos fundamentales del individuo que la adopta; en cambio, el perfeccionismo raya con el aleccionamiento de los integrantes del estado para que adecúen sus comportamientos a lineamientos preestablecidos.

Cabe mencionar, que el concepto aquí ventilado de paternalismo, es tal cual se lo entiende actualmente, no olvidemos que en el periodo absolutista de los Estados, las medidas tomadas por el poder podrían ser llamadas paternalistas o perfeccionistas indistintamente; lo mismo que en los estados socialistas.

Ramiro Avilés (*ibídem.*) refiere que el Paternalismo Jurídico es la intromisión del estado en la vida de las personas, ya sea mediante Políticas Públicas o normas jurídicas y que, en su versión negativa, prohíbe la realización de una serie de comportamientos, obstaculiza determinadas acciones, desalienta opciones y desaconseja elecciones.

Según ello, el paternalismo jurídico puede ser asumido por los diversos poderes del Estado y, según cada poder puede ser aplicado de manera positiva o negativa; en el caso del poder legislativo, se dictan normas que por su propia cualidad son generales y a priori, es decir, que se basan en supuestos de hecho que muy posiblemente ocurrirán, como por ejemplo el caso del artículo 396° y 404° del Código Civil, en los que la finalidad es proteger al menor para que no quede desprotegido del sustento que le brinda la relación paterno filial, por lo que la medida paternalista que se ha tomado es negativa en el sentido que impide al

padre biológico reclamar su paternidad si es que el esposo de la madre no la ha contestado previamente¹⁰.

No creemos posible la aplicación de una medida paternalista positiva en el momento legislativo debido a que por su carácter intromisivo no es posible justificar su aplicación en supuestos de hecho cuya posibilidad de realización es más probable que posible; por ello, la medida está orientada a prevenir-prohibir y no a reparar y, ya que importa una vulneración a la libertad, aunque la finalidad sea positiva, no se puede aseverar lo mismo de la medida.

En el caso jurisdiccional, con excepción del Tribunal Constitucional cuya función es sui generis, sí es posible que las medidas a tomar sean positivas, pues pueden ser aplicadas a posteriori con la finalidad de reparar un hecho que ha lesionado o está lesionado el derecho de un determinado individuo en un caso específico; al respecto, Jeffrie Murphy, (Ramiro Avilés, 2006, pág. 66), que los

“...derechos humanos básicos (incluido el derecho de hacer cosas estúpidas y peligrosas si uno lo desea) pueden ser puestos a un lado y la persona incompetente puede ser tratada simplemente como el objeto de las preocupaciones benevolentes de alguien (normalmente el estado)...”, (Ramiro Avilés, 2006, pág. 64) estas preocupaciones benevolentes estatales, podrán ser efectivizadas únicamente por acción de las autoridades administrativas o jurisdiccionales, no así por los legisladores.

¹⁰ Sobre el particular, tenemos una posición bien delimitada respecto a la innecesaridad de esta política paternalista que lejos de proteger el interés superior del niño tiene por finalidad proteger la institución del matrimonio; sin embargo, el detalle al respecto será motivo de otro trabajo, y para el caso de éste, solo se ha pretendido presentar un ejemplo.

Lo referido por este pensador, se trata de una visión individual, casuística, no debe ser generalizada; es aplicable a posteriori no a priori, cuando el paternalismo está ligado a circunstancias de la vida diaria en las que las personas actúen con total diligencia y aun así corran riesgo de sufrir detrimento, puede ser preventivo, pero cuando se trata de circunstancias en las que el actor no es diligente o sufra alguna incapacidad ya sea por cuestiones innatas, coacción interna o coacción externa, el Estado sólo puede intervenir de manera reparativa.

No es posible adoptar una medida paternalista por las cosas negativas que puedan suceder a las personas por el libre ejercicio, irresponsable, de su autonomía, porque no se tiene la plena certeza de la configuración del daño, lo cual depende del grado de posibilidad que ejerza la acción, la misma que no puede generalizarse.

Es cierto, como dice Francisco Laporta, citado por (Ramiro Avilés, 2006, pág. 63) que “...existen supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria...”, pero le quita responsabilidad a los representantes en un Estado Constitucional guiarse únicamente por el instinto, sino que debería realizarse, además, la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida a tomarse y, más aún, si la justificación de la misma debe llevar consigo una matiz paternalista.

Una medida paternalista debe tener la justificación suficiente, de manera que la limitación de la autonomía individual sea adecuada, habida cuenta que el presupuesto asumido debe ser que cada persona es suficientemente competente

como para ejercitar sus derechos y decidir qué es lo que más le conviene a su proyecto de vida; en ese sentido, ningún estado está facultado para imponer como regla las medidas restrictivas de la autonomía individual, pues se estaría lesionando irremediablemente la dignidad de las personas y, por lo tanto, tergiversando la finalidad del Estado Constitucional.

Para ello, debe analizarse, en primer momento, si la medida a tomarse es idónea, en segundo lugar si es necesaria y, si resultase que sí, si es proporcional.

Pero, existen casos en que la medida resulta innecesaria pues existen otras que pueden satisfacer mejor la consecución del fin y, peor aún, existen casos, como en el de la “Sentencia del Tabaco”, en que a pesar de que la medida es necesaria, su justificación no debiere ser paternalista puesto que existe afectación de terceros y políticas de prevención no paternalistas. Lo cual analizaremos más adelante.

CAPÍTULO III

EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PROTECTOR DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

3.1. Acerca del Núcleo Duro de los Derechos Humanos

La discusión acerca de los Derechos Humanos ha sobrepasado el ámbito del propio Derecho y se ha extendido, principalmente, hacia el campo de la filosofía; en el cual se han propiciado multiplicidad de debates que, esta vez sí, han resultado muy fructíferas para erigirlos como pilares fundamentales del Derecho Internacional, sin transgredir la ideología cultural de cada uno de los Estados componentes de la Comunidad Internacional.

Tradicionalmente, según lo establece Carlos. J. Zelada, el Derecho Internacional Público "... es concebido como un orden incólume de normas equivalentes y de enfoque concreto, de normas obligatorias para los estados y demás sujetos del derecho internacional..." (Zelada, 2004, pág. 251); lo que implica la negación de la posibilidad de instituir normas de carácter general y vinculantes para la totalidad de la comunidad internacional, motivo por el cual hasta mediados de la centuria pasada los Derechos Humanos eran concebidos como meras declaraciones sin ningún atisbo de vinculatoriedad; no obstante ya en nuestra época esta concepción ha variado drásticamente, habida cuenta que, se han conciliado las dos principales doctrinas existentes a nivel internacional; el "Culturalismo" que reconoce y ensalza las propias instituciones materiales de cada sociedad y la doctrina de los "Derechos Humanos" que propone la existencia de valores supremos preexistentes a cualquier sociedad u organización humana, desconociendo originalmente las diferencias ideológicas que se gestan en cada pueblo, para finalmente aceptar su existencia y alcanzar

un contenido ecuménico de derechos humanos respetuosos de la ideología de cada uno de los pueblos que componen la comunidad internacional.

Es en este escenario que surge una nueva concepción relativa a los derechos humanos, que rompe con la visión occidentalista de los mismos, pues al intentar conjugarlos con la perspectiva culturalista se ha tenido que ceder en la defendida rigidez de los mismos, inicialmente planteada, hacia una postura más flexible que admite que éstos no son absolutos y a fin de no desproteger totalmente su contenido se ha convenido en bifurcarlo.

Dicha bifurcación se ha determinado en tres momentos decisivos: “(a) la introducción del término “núcleo duro”, (b) los primeros intentos por delimitar su contenido, y (c) la declaración y programa de acción en los derechos humanos de Viena de 1993” (Zelada, 2004, pág. 257); momentos que ha desafiado la concepción universal de los derechos humanos y han desembocado en la idea de un estándar mínimo de un grupo de derechos humanos que deben respetarse bajo cualquier circunstancia, independientemente de la expresión que se utilice para reconocerlos pues parte de la doctrina los ha llamado también núcleo intangible.

En la década de los noventa del siglo pasado se identificó la idea de núcleo duro de derechos fundamentales como parte del lenguaje de las normas de *ius cogens*, lo que nos da la idea de que el núcleo duro o núcleo intangible estaría compuesto únicamente por un reducido grupo de derechos o valores de obligatorio cumplimiento para todos los países que integran la comunidad internacional, sin embargo, dicha concepción termina desmereciendo o menospreciando unos

derechos humanos respecto de otros que sí son aceptados por la totalidad de la comunidad internacional, lo que significa un error inaceptable en cuanto a derechos humanos se refiere debido a que, y bajo el riesgo de parecer anti-culturalista, los mismos constituyen características propias de la naturaleza del ser humano independientemente de la cultura en la que se los inserte, vale decir, que no existen derechos humanos más importantes que otros sino que lo que puede y debe flexibilizarse es el contenido que los mismos tienen de conformidad con la cultura que los acoge; en este tenor el núcleo duro de los derechos fundamentales estaría constituido, no por un grupo de derechos preminentes, sino por el contenido inquebrantable de la totalidad de derechos humanos.

Esta afirmación, a pesar de las múltiples convenciones acerca del núcleo duro de los derechos humanos (PIDCP, CEDH, CADH, entre otras) nos lleva a alcanzar una protección eficaz de los mismos en el entendido de que se trata de derechos supra – positivos cuyo contenido final debe determinarse en el caso concreto; por tanto, ahora podemos afirmar que el núcleo duro de derechos fundamentales goza de una existencia independiente y más amplia que la del propio *ius cogens* internacional (Svensson-Mccarthy, 1998, pág. 448); puesto que existen derechos humanos que, en virtud del propio culturalismo pueden encontrar significancia mucho más allá de los que están reconocidos por la tradición liberalista.

Por lo tanto, el núcleo duro de los derechos humanos no debe preocuparse por la búsqueda de los mejores candidatos para conformarlo, sino que debe

conformar una cláusula abierta para la admisión de nuevas características inherentes a la naturaleza humana, preocupándose sí por delimitar su contenido de conformidad con los límites culturales de la nación que los invoca y de las características del caso concreto ventilado ante la comunidad internacional; es decir, no se trata de una delimitación *a priori* sino de una constatación factual de las necesidades apremiantes según el caso lo requiera.

Ésta podría ser concebida como una concepción alternativa de núcleo duro de los derechos humanos que privilegia la utilidad de la delimitación del contenido del referido núcleo duro, teniendo en cuenta que el derecho ya no es concebido como el catálogo de normas preestablecidas, sino como la interpretación jurídica que se hace de un caso concreto, la misma que es dúctil y se adecua a las características propias del mismo; por lo que es correcto entender que el núcleo duro, está compuesto por un “...grupo de estándares urgentes (que) sugiere la necesidad de pensar y trabajar pragmáticamente...” (Zelada, 2004, pág. 268), aun cuando en el caso concreto se presenten nuevas características inherentes a la naturaleza humana hasta entonces desconocidas que merezcan ser consideradas como parte del ordenamiento jurídico internacional.

Para efectos del presente trabajo, esta definición de núcleo duro de derechos humanos es sumamente importante debido a que nos permite evitar las posturas extremistas acerca de la utilización o no del paternalismo en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, puesto que si en el ámbito internacional es posible flexibilizar el contenido de los derechos humanos y admitir la inclusión de nuevas categorías consideradas como tal, de conformidad con las

circunstancias del caso específico y en admisión de la existencia de una pluralidad cultural; mucho más en el ámbito nacional que recoge dichos derechos. En ese sentido, privilegiando la ductilidad del derecho, podrá permitirse la adopción de una política paternalista siempre y cuando ésta respete el núcleo duro de los derechos fundamentales y supere el test de necesidad según las circunstancias del caso ventilado

3.2. El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales

Tal y como ocurre en el ámbito internacional, a nivel estatal también existe una discusión acerca de la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales; habida cuenta que la existencia de los mismos obedece a una convención mucho más antigua y que depende del *ius imperium* estatal y del ordenamiento jurídico, ahora sí, preestablecido, en primer lugar para luego desembocar en interpretaciones específicas de las normas de conformidad con el caso concreto.

El tesista es consciente de que existe una discusión acerca de lo que debe entenderse como contenido esencial de los derechos fundamentales, la misma que se encuentra condicionada por la concepción de la constitución como una norma formal o como una norma material, sin embargo, es necesario precisar que dicha discusión es inofensiva, dado que en la práctica constitucional, a pesar de existir varios países que cuentan con una constitución formal, rígida y escrita, perfectamente puede aceptarse casuísticamente la admisión de nuevas normas

constitucionales hasta ese momento innominadas, lo que supone la existencia de una constitución material.

En ese tenor, y dada la tradición jurídica a la que nos insertamos, se ha concebido también la idea de una “...regla general establecida por el mismo orden “inmutable” que se quiere ver tradicionalmente en las normas constitucionales, en el sentido de dar a los derechos fundamentales y a otros de sus principios la óptima eficacia posible...” (Sánchez Gil, 2007, pág. 114); no obstante dicha manera de concebir al derecho ha variado diametralmente gracias a las posturas realistas como las planteadas por Zagrebelski (2011), a nivel internacional, y en el Perú por Trazegnies (1995), las mismas que refieren el nacimiento del derecho recién a partir de su aplicación concreta y según las características de la situación planteada ante el juzgador.

Esta concepción impide limitar el contenido esencial de los derechos fundamentales únicamente a un catálogo preestablecido de los mismos, como parece sustentar la teoría absoluta¹¹, ampliándolo hacia un contenido “...determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación” (Sánchez Gil, 2007, pág. 111).

¹¹ La teoría absoluta imaginando el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos, entiende la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y, la sección circunferencial exterior, como la parte accesoria o contingente de los mismos; dicho núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita. (Nogueira Alcalá, 2003)

Para efectos de la presente investigación, nuevamente adoptamos una posición ecléctica respecto de lo que debe ser admitido como contenido esencial de los derechos fundamentales, debido a que a pesar de ser totalmente cierto que el derecho nace a partir de su ejercicio, no puede negarse que dicho ejercicio se encuentra condicionado por una serie de valores y principios superiores y preexistentes que son determinados por la cultura de la propia sociedad en donde dichos derechos son ejercidos.

De manera tal que puedan admitirse la ejecución de políticas paternalistas en atención a las circunstancias y las necesidades del caso planteado pero sin vulnerar las concepciones culturales existentes en la sociedad donde se presenta el mismo; lo que para el Perú supone un escenario complejo dada la diversidad cultural que presenta.

Por tanto para llevar a cabo la tarea interpretativa y la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales en el caso peruano, como en muchos otros casos, debe tenerse en cuenta además los límites establecidos para llevar a cabo una correcta interpretación en el sentido material; dichos límites son establecidos por los principios de interpretación constitucional, específicamente, como lo señala Peter Häberle, la "... "unidad de la constitución" y de "concordancia práctica", cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la constitución en su conjunto" (Häberle, 1997, pág. 117).

Dicha optimización implica evitar perdernos en la discusión de si es pertinente admitir una concepción material o formal de la constitución o si el contenido esencial es absoluto o relativo; sino, en aceptar que el contenido esencial de manera concreta puede estar delimitado por actuaciones del constituyente, del constituido en ejercicio de su función legislativa, en ejercicio de su función administrativa o en ejercicio de su función jurisdiccional, de manera indistinta, dicha delimitación no es de ninguna forma excluyente pues, según el caso concreto podrá tenerse en cuenta una o varias de las dimensiones aquí señaladas.

Ello se puede observar en el estudio de los casos seleccionados para la parte empírica de la presente tesis.

A modo de colofón, es pertinente sistematizar las diferentes perspectivas doctrinarias acerca de lo que significa contenido esencial de los derechos fundamentales; citando a Luis Castillo Córdova (2005), podemos aseverar que existen cuatro posturas definidas acerca de lo que debe ser concebido como contenido esencial.

La primera de ellas que propugna la necesidad de acudir al concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho para poder delimitar su contenido esencial, postura que puede ser identificada con la posición que admite únicamente la existencia de una constitución formal y que, como ha sido corroborado en la práctica constitucional, resulta sesgada dada la existencia de muchos valores fundamentales no contenidos de forma expresa en el catálogo constitucional; por tanto no es suficiente que los magistrados del Tribunal Constitucional recurran

únicamente a esta alternativa para delimitar el contenido esencial del derecho fundamental en discusión, porque se correría el riesgo de desatender otros extremos igualmente relevantes del mismo.

Una segunda postura adhiere la posibilidad de acudir a otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores) relacionados con el que reconoce el derecho; lo que implica una interpretación aislada del derecho fundamental según la pura concepción *iusnaturalista*, que también resulta sesgada puesto que los principios fundamentales existentes necesariamente deben cohesionarse con la concepción fáctica que se tiene de los mismos en la cultura específica en que es invocado; consecuentemente, esta postura debe sumarse a la anterior a fin de optimizar la delimitación del contenido esencial de un derecho fundamental, pero no agota el análisis al que se encuentran obligados los miembros del Tribunal Constitucional.

En virtud de lo anteriormente acotado cabe señalar que existe una tercera postura que sugiere acudir a la normativa internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú; la misma que resulta también admisible de manera incluyente con las anteriores posturas señaladas, lo que implica esa protección adecuada del derecho fundamental que agota su contenido legal y su contenido constitucional; habida cuenta, que la normatividad internacional condiciona el ordenamiento jurídico nacional en tanto y en cuanto ésta haya sido aceptada por el Estado.

Finalmente, y sin el ánimo de contrariar las posturas referidas, se considera que existe un extremo sumamente importante y sustancial que ha sido olvidado por las elaboraciones teóricas anteriormente planteadas y que resulta de las posturas realistas también señaladas y ésta está referida a la delimitación del contenido esencial del derecho fundamental a partir de las circunstancias del caso concreto, lo que sugiere tener en cuenta la relevancia de la actuación jurisdiccional y el respeto de las costumbres locales; dado que estas consideraciones dotarán de verdadera eficacia al derecho fundamental incoado, dejándose de privilegiar las formalidades establecidas por el constituyente para sustentar la resolución de un caso concreto en las concepciones del propio constituyente al momento de la ventilación del mismo.

3.3. El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales como Límite para la Utilización del Paternalismo

El paternalismo jurídico es característico del Estado de Bienestar, entendido éste como una variante histórica del Estado Socialista que desarrolló la protección de los llamados derechos económicos, sociales y culturales, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Dicho afán de protección de la segunda generación de derechos fundamentales llegó a los gobiernos a transgredir el contenido ya reconocido de los derechos civiles y políticos, como es el caso del derecho a la libertad que es además uno de los principios básicos del Estado de tipo liberal. Ésta transgresión es inaceptable en el contexto del Estado Constitucional de Derecho porque

supondría el retroceso al antiguo régimen del que buscaron escapar los franceses del siglo XVIII.

La afectación de las libertades fundamentales, entre otras consecuencias negativas, suponen el desconocimiento de la supremacía constitucional dado que es precisamente en esta norma en la que se reconoce su condición de tal, por otro lado quebrantaría el ideal de limitación del poder político para evitar el desbordamiento de éste a la esfera de los particulares y, principalmente, afectaría el esquema mantenido en los tres últimos siglos que posibilita el orden social y la seguridad jurídica; principios vitales para el constitucionalismo.

Según lo dicho, se recalca lo ya establecido en el acápite de la Teoría del Estado; siendo que un Estado Constitucional de Derecho se asienta sobre las bases de la división de poderes y el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales, razón por la cual la noción o idea de soberanía ejercida por el gobierno no puede concebir la potestad de los órganos públicos para otorgarle valor a los derechos constitucionales, sino únicamente la posibilidad de reconocerlos y la responsabilidad de actualizar su contenido según “...los valores e ideologías...” (Sagües, 2001, pág. 283) “...de una sociedad determinada, siendo equiparada a principios y valores supremos, mismos que adquieren un estatus de intangibilidad manteniendo su supremacía gracias al Poder Revisor...” (Guastini, 1999, pág. 105).

Razón por la que el estatus de poder revisor que ostenta el constituyente resulta fundamental debido a que lejos de respetar las formalidades propuestas en el

Estado Liberal, las funciones estatales llevan a cabo una “...actividad de concreción de los principios que consiste en establecer nuevas normas conformes con el principio, en relación con los pasos particular en que puede ser invocado el principio...” (Zagrebelski, 2011, pág. 84), tal y como ocurre en el caso del derecho a la defensa según el cual el proceso resulta operativo únicamente en el ámbito de las particulares estructuras procesales determinadas por el legislador; lo que indica que los principios constitucionales requieren de las actuaciones legislativas, jurisdiccionales y hasta de las elaboraciones doctrinarias para encontrarse dotados de “...contenidos de eficacia directa y evitar a su vez, posibles conflictos, entre estos al momento de su materialización.” (Zagrebelski, 2011, pág. 86).

El paternalismo, entonces, cuyos principios distan de los principios del Estado Constitucional de Derecho puede ser aplicado siempre y cuando lo que se busque proteger sea el contenido esencial del derecho fundamental desde un punto de vista material, pues, “La Constitución no puede ser vista -únicamente- desde una óptica formal, en la que no se incluyen elementos axiológicos que atemperen los actos emanados de los órganos de poder. Es indispensable garantizar, no sólo la competencia y atribución de los actos de autoridad, sino también la adecuación plena de los principios fundamentales a la realidad”¹².

¹² El inconveniente de la norma fundamental limitada al derecho promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz reside en que ya no es más un criterio supremo completo de identificación del derecho. Este papel no le puede ser devuelto en un sentido pleno sino limitado. A tal fin, hay que introducirle cláusulas que tomen en cuenta el argumento de la injusticia y el de los principios. Aquí habrá de interesar sólo el argumento de los principios. Si se incorpora el resultado de este argumento en la norma fundamental, surge entonces una norma fundamental no positivista que tiene la siguiente estructura: si una Constitución ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz, entonces está ordenado jurídicamente comportarse de acuerdo con esta constitución, tal como corresponde a la pretensión de corrección. (Alexy, 2004, pág. 104)

En consecuencia en un Estado como el peruano, que puede ser calificado de Estado Constitucionalista, resulta posible ejecutar políticas paternalistas únicamente cuando los destinatarios de tales políticas hayan sido declarados incapaces para ejercer de mutuo propio sus derechos fundamentales y no existiendo este presupuesto, en los casos en los que la limitación de los derechos fundamentales no afecten su contenido esencial.

TERCERA PARTE

MARCO EMPÍRICO

– Revisión jurisprudencial en Derecho interno y comparado –

CAPITULO I
ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL
NACIONAL

Ya en el Marco Metodológico se ha detallado el procedimiento seguido para la ejecución y desarrollo de la presente tesis, constituyendo los casos jurisdiccionales (jurisdicción constitucional) la principal unidad de análisis para el estudio empírico y, las leyes o actos contra los que se incoan los referidos casos jurisdiccionales, son tenidos como unidades de análisis accesorias, cuyo análisis nos sirven para la comprensión de los procesos jurisdiccionales en comento.

Para tal finalidad, y con el propósito de llevar a cabo un análisis cualitativo ordenado de las resoluciones del Tribunal Jurisdiccional seleccionadas, se ha sistematizado el trabajo en acápite, cada uno de los cuales contiene una descripción general del caso, consignándose el número de expediente, el asunto, la fecha de emisión, un resumen del mismo, el fallo y el URL en el que puede ser ubicado en la web; luego de lo cual se señalará el punto específico del caso que se encuentra relacionado con nuestro tema de investigación, las políticas paternalistas y, finalmente, con los asuntos previos agotados, se llevará a cabo la interpretación particular del caso teniendo en cuenta los presupuestos doctrinarios y teóricos señalados en el Marco Teórico de la

presente tesis, dejando sentada la posición asumida, a partir del estudio de los antecedentes teóricos del presente trabajo, tales como las teorías acerca del Estado Constitucional de Derecho, los principios que se protegen en virtud de este tipo de estado, tales como la unidad constitucional, la concordancia práctica, la corrección funcional, la función integradora del derecho y la fuerza normativa; teniendo en todo momento presente que en el actual Estado Constitucional de Derecho ya no se encuentra vigente el imperio de la ley, sino que ésta debe subyugarse ante la supremacía constitucional y que la finalidad sigue siendo la limitación del poder constituido a través de la protección de los derechos fundamentales de los integrantes del poder constituyente, entre ellos, sus libertades fundamentales, las mismas que podrán ser limitadas o restringidas en tanto y en cuanto no se afecte su contenido esencial y las características del caso concreto superen los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Otra indicación, de mero orden, es que el análisis cualitativo de los casos se llevará a cabo empezando por el más reciente hacia el más antiguo, de manera que se tendrán en cuenta los contenidos constitucionales recientemente desarrollados por el Tribunal para el estudio de los demás casos; en cuanto a los casos correspondientes al Derecho Comparado, desarrollan los mismo temas tratados por algunos de los casos nacionales antes comentados, lo que nos lleva a desarrollar únicamente el estudio comparativo.

1.1. CASO ‘FONAVI – 2014

De manera previa al estudio de fondo, hemos desarrollado una descripción general de las incidencias del caso concreto, de manera que el lector pueda tener un panorama del contenido del mismo que le posibilite comprender la disertación que se llevará a cabo respecto del tema particular de la política paternalista.

Tabla 17: Caso FONAVI - 2014

Expediente	Nº 0012-2014-PI/TC
Caso	FONAVI - 2014
Asunto	Demanda de inconstitucionalidad contra la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114, de Presupuesto del Sector Público
Fecha de emisión	09/12/2014
Sumilla	Más de cinco mil ciudadanos, por medio de su representante, interponen una demanda de inconstitucionalidad con fecha 4 de junio de 2014 y tras alegar la violación de los artículos 105, 2.16 y 70 de la Constitución, plantean como pretensión declarar la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114. La demanda se sustenta en los siguientes argumentos: Que, la disposición impugnada, por la forma contravendría los límites establecidos en el artículo 105 de la Constitución, toda vez que

para su aprobación no se solicitó el dictamen correspondiente de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, ni se ha exonerado de dicho dictamen. - Que, asimismo, **vulneraría el derecho a la propiedad al disponer que la devolución de dinero del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) sólo corresponderá a quienes se registraron hasta el 31 de agosto de 2014 en el padrón de beneficiarios, y al circunscribir la devolución de los aportes únicamente a las contribuciones recaudadas de los trabajadores, omitiendo incluir los aportes efectuados por los empleadores, el Estado y otras instituciones.**

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad le ha correspondido al Congreso de la República, quien a través de su apoderado contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sobre la base de los siguientes argumentos: - Que, en cuanto a la inconstitucionalidad formal, si bien la disposición impugnada no se encontraba en el texto original de la Ley 30114, ello no constituye un quebrantamiento al procedimiento legislativo, pues ésta fue materia de debate en la Sesión de Pleno del Congreso de 28 de noviembre de 2013. 77.1. Que, con relación al fondo, el circunscribir la devolución a los aportes de los trabajadores no contraviene su derecho a la propiedad, toda vez que los aportes de los empleadores, el Estado y otras entidades no afectaron directa ni indirectamente el patrimonio

	<p>de los beneficiarios de la Ley N° 29625, la devolución del dinero de FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo.</p>
<p>Fallo</p>	<p>Declarar FUNDADA en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Séptuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley 30114; en consecuencia, INCONSTITUCIONAL el siguiente texto "(...) hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren (...)". El texto del primer párrafo de la referida disposición quedaría de la siguiente manera: SEPTUAGÉSIMA SEGUNDA. Dispónese que la devolución a que se refiere la Ley 29625, comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, siendo los beneficiarios aquellos que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la Comisión a que se refiere la Ley 29625, excluyendo a quienes, directa o indirectamente, se hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, y sus modificatorias. 2. Precisar que, conforme a lo señalado en el fundamento N° 28 de la presente sentencia, el plazo para la inscripción de los fonavistas, vencerá cada año el 31 de agosto para la programación presupuestal del año siguiente, hasta completar los ocho años fijados por la ley, es decir el año 2018. 3. Declarar</p>

	INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en el extremo que cuestiona la disposición impugnada por cuestiones de forma. 4. Declarar INFUNDADA la demanda en el extremo en que se cuestiona que la devolución de los aportes sólo abarca la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores, excluyendo los aportes de los empleadores y del Estado.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00012-2014-AI.pdf

Como se ha señalado en el resumen del presente caso, la demanda tiene un extremo de inconstitucionalidad en el que se acusa la violación formal de la norma fundamental, que para efectos de nuestro análisis no es relevante y, por otro lado, la supuesta contravención al principio de propiedad de los beneficiarios de la Ley N° 29625, extremo que será analizado de conformidad con los principios del Estado Constitucional de derecho y en contrastación con el paternalismo.

El FONAVI, Fondo Nacional de Vivienda, fue un programa social creado en 1979, al final del gobierno del General Morales Bermúdez (De.Perú.com, 2015, pág. 11); cuya finalidad fue la creación de un fondo fiduciario común en el cual se depositaría los aportes realizados por los trabajadores del sector público, así como los aportes de sus empleadores, los aportes o subsidios del Estado, entre otros aportes adicionales realizados por entidades no determinadas; dichos aportes desencadenarían en la ejecución de proyectos con

los cuales se dotaría de vivienda propia a los beneficiarios de mencionado fondo.

Sin embargo, a pesar de haberse realizado los aportes, en forma de descuentos sistemáticos en el caso de los trabajadores, nunca se ejecutaron los proyectos de vivienda, por lo que nunca se hizo efectivo el programa llamado FONAVI.

Es en este contexto que, el Gobierno ha emitido múltiples normas que han desarrollado los pormenores de dicho programa social, siendo últimamente considerado en las leyes anuales de presupuesto con la finalidad de llevar a cabo la devolución de los aportes realizados en años anteriores, habida cuenta que dichos aportes no cumplieron con su finalidad.

Con este propósito, el día 02 de diciembre de 2013, se publicó la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2014, en cuya septuagésimo segunda Disposición Complementaria Final, se dispone:

*“Dispónese que la devolución a la que se refiere la Ley 29625, **comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes**, de acuerdo con la información del ministerio de economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, **siendo los beneficiarios aquellos que se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la comisión a que se refiere la Ley 29625**, excluyendo a quienes, directa o indirectamente, se*

hubieran beneficiado con los recursos a que se refiere el Decreto Ley 22591, y sus modificatorias.” (Congreso-de-la-República, 2013, pág. 508162). (El subrayado y negrita es nuestro).

Es ante las dos disposiciones resaltadas de la septuagésimo segunda Disposición Complementaria Final que se interpuso demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, señalándose concretamente la afectación al derecho de propiedad de los beneficiarios, debido a que se les estaría recortando la devolución de los aportes realizados por los empleadores, el Estado y demás instituciones; asimismo, restringiendo la devolución únicamente a los beneficiarios empadronados hasta el mes de agosto de 2014.

La discusión planteada en la presente demanda tiene como fondo políticas paternalistas por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, debido a que se trata de un programa social en donde los fondos aportados deberían redundar en el beneficio personal de los beneficiarios; privilegiándose la potestad del Gobierno para decidir todas las circunstancias referentes a la elaboración de las viviendas que generalmente estarían reservadas al libre albedrío de cada beneficiario, llámese, elección del ingeniero con el que se construiría la vivienda, el equipo de construcción civil con el que se trabajaría, el modelo de la casa, los acabados, formas y distribución de la misma, la ubicación, el costo de ejecución, entre otros; lo que supone una limitación de su libertad de

desarrollo y bienestar, regulada en el artículo 2°, inciso 1° de la Constitución Política del Perú, así como a su libertad para elegir el lugar de su residencia, contemplado en el inciso 11° del mismo artículo y cuerpo normativo.

Sin embargo, a pesar de vivir en un estado Constitucional de Derecho en el cual se privilegian las libertades personales de sus integrantes, es pertinente aclarar también que dichas libertades pueden ser limitadas parcialmente, siempre y cuando no se afecte su contenido esencial, el cual está determinado tanto por circunstancias formales como su regulación en un cuerpo normativo, como en este caso es la constitución formal, y, principalmente a través de la concepción que tenga de las mismas la sociedad donde se aplican.

En el presente caso, la sociedad peruana, se desarrolla en un país considerado en vías de desarrollo (para la época de la creación del programa era considerado un país sub-desarrollado) cuya economía depende de los empréstitos internos y externos, en donde el índice de pobreza es aún alto¹³, los propios ciudadanos se encuentran dispuestos a ceder parte de sus libertades fundamentales con motivo de asegurar otras que también redundarán en su bienestar personal y familiar, conceptos también recogidos en el texto constitucional.

¹³ Sobre la base de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHU), el INEI afirma que en el año 2012 hubo 7,880,757 pobres en el Perú, lo que corresponde a una tasa de pobreza de 25.8%. Sin embargo, el investigador del CIUP Enrique Vásquez, sostiene que empleando el IPM y con la misma base de datos del INEI, existen 11,160,015 pobres, es decir, una tasa de 36.6%.

Sin embargo, cabe resaltar que en el caso específico nos estamos refiriendo a un aspecto de la libertad de desarrollo y libertad para elegir el lugar de residencia que no resulta esencial para el individuo, debido a que según las circunstancias, éstas pueden subyugarse con la finalidad de conseguir un beneficio mayor, sin el cual no sería posible el ejercicio de dichas libertades; por tanto, esta política paternalista, resulta legítima en el contexto de un Estado Constitucional de derecho.

En términos técnicos, siguiendo a Robert Alexy (Teoría de los Derechos Fundamentales, 2007), dicha inclusión de política paternalista es una medida que debería superar los sub-principios de adecuación, necesidad y ponderación, a fin de que sea perfectamente admisible afectar el derecho al libre desarrollo y la libre elección de residencia con motivo de la aseguración del derecho a acceder a una vivienda y al bienestar personal y familiar.

Respecto al sub-principio de idoneidad, es pertinente afirmar que existen muchas medidas que podrían ser adecuadas para solucionar el problema de la falta de vivienda para los pobladores, según esto, tenemos que se podrían otorgar únicamente subsidios a los pobladores a fin de que accedan a un financiamiento para dar inicio a la construcción de sus viviendas, siendo éstos libres para la elección del lugar de su residencia, y los términos específicos en que desean que sean construidas sus viviendas, por otro lado, está la medida tomada en por el Gobierno de Morales Berúdez, por el cual se constituyó un fondo fiduciario que serviría para que el Gobierno sea el

que se encargue de ejecutar la construcción de las viviendas, decidir el lugar de residencia y los términos en los que éste deba ejecutarse; en ese sentido, ambas medidas resultan adecuadas para la consecución del fin, por lo que se puede aseverar que supera el test de idoneidad.

Sin embargo, a efectos de analizar el cumplimiento del sub- principio de necesidad, se tiene que éste analiza la medida menos gravosa a los derechos fundamentales afectados, siendo que en el presente caso la medida menos gravosa es el otorgamiento del subsidio para acceder a un financiamiento, debidamente controlado para que dicho financiamiento llegue a la consecución de la finalidad, dejando a decisión del beneficiario la ubicación del lugar de residencia y los términos en los que debería ser construida la vivienda; por lo que la medida tomada por el FONAVI no supera el test de proporcionalidad. Concluyendo que la medida tomada por el Gobierno anteriormente señalado fue una medida paternalista que lesionó derechos fundamentales, lo cual es inadmisibles en un Estado Constitucional de Derecho. Ello se explica por dos razones: 1) En la época se encontraban vigentes los principios del estado de Bienestar, el mismo que resultaba intervencionista y, 2) Se trataba de un Gobierno militar que no se preocupa por el respeto de las libertades personales, es autoritario y no guarda las características de un estado Constitucional de Derecho.

- b) Por otro lado, se tiene que el requerimiento de los demandantes podrían también involucrar decisiones paternalistas de parte de los magistrados del Tribunal Constitucional, a fin de determinar si lo que corresponde es la

devolución del dinero aportado de manera personal por cada beneficiario o, si por el contrario, debería adicionarse los aportes de la Entidad donde éste trabajaba y los subsidios del Estado; en este caso, el Tribunal Constitucional, decidió que el contenido esencial del Derecho a la Propiedad de los beneficiarios no es afectado si es que la devolución se realiza únicamente de sus aportes personales, habida cuenta que los aportes de la Entidad y el Estado han sido destinados a un programa social y no a beneficio personal de los beneficiarios; consideración acertada que respeta los principios planteados por el Estado Constitucional de Derecho, evitando así caer en un paternalismo excesivo propio de los Estados de Bienestar.

- c) En cuanto a la aseveración de que se estaría afectando el derecho a la propiedad de los beneficiarios, restringiéndose la devolución de las aportaciones únicamente a los beneficiarios empadronados hasta agosto de 2014, a pesar de no encontrar políticas paternalistas inmersas, se tiene que el contenido esencial del derecho a la propiedad sí se estaría afectando debido a que se estaría privilegiando una norma de carácter legal por encima de un derecho constitucional, el cual se vería vulnerado por el incumplimiento de una formalidad; por lo que el Tribunal declara FUNDADA la demanda en este extremo.

En consecuencia, en el caso específico, se puede constatar que la medida originaria tomada por el Gobierno sí es paternalista, debido a que afecta el contenido esencial de los derechos al libre desarrollo y a la elección del lugar de residencia, no supera el test de necesidad y ha sido tomada en el contexto

de un estado de Bienestar. Sin embargo, los efectos de la inejecución de dicha medida han sido debidamente resueltos por el Tribunal Constitucional mediante el debido respeto del Contenido Esencial del Derecho a la Propiedad y diferenciando entre los derechos personales y derechos de carácter social. Los principios del estado Constitucional de derecho han sido respetados en el presente caso, evitándose la afectación de derechos fundamentales, actuándose racionalmente.

1.2. CASO “LEY DEL SERVICIO CIVIL”

Tabla 18: Inconstitucionalidad de la Ley N° 30057

Expediente	N° 00018-2013-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad de la Ley N° 30057
Asunto	Demanda interpuesta por el 25% del número legal de congresistas en contra de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil; a fin de que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos, disposiciones complementarias finales y disposiciones transitorias.
Fecha de emisión	21/05/2014
Sumilla	La demanda interpuesta por el veinticinco por ciento del número legal de congresistas de la República, está dirigida a cuestionar la constitucionalidad de las disposiciones referidas

supra de la Ley 30057, del Servicio Civil, sustentándose en los siguientes argumentos:

Los artículos 31.2, 40, 42 y 44.b, así como la Tercera Disposición Complementaria Final y el literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final de la ley impugnada, limitarían el derecho colectivo al trabajo de los servidores civiles, **pues de su redacción se advierte una aparente exclusión de su derecho a la negociación colectiva** (artículo 28 de la Constitución), al formular una interpretación restrictiva de las 'condiciones de empleo' a las que se refiere el **Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo — OIT**, restringiendo el ejercicio de este derecho a aquellas compensaciones no económicas y prohibiéndolo ex ante en materia de remuneraciones, limitación que vulnera a su vez otros dispositivos constitucionales.

Los artículos 26, 65, 72 y 77, por su parte, estarían promoviendo un **trato discriminatorio entre los servidores públicos que ingresan por primera vez a la carrera y aquellos que se trasladan de un régimen laboral anterior al de la Ley 30057**; entre aquellos que pertenecen al servicio civil de carrera y aquellos excluidos por prestar servicios complementarios o ser contratados temporalmente; entre aquellos que ingresan por concurso público y los servidores de confianza; y, entre aquellos que perteneciendo al nuevo

régimen laboral sean calificados como personal de rendimiento distinguido o de buen rendimiento y los calificados como personal de rendimiento sujeto a observación o desaprobado.

El artículo 34.b vulneraría el derecho a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24 de la Constitución), al establecer que las compensaciones económicas no están sujetas a indexaciones, homologaciones, nivelaciones o cualquier otro mecanismo similar de vinculación.

Asimismo, los artículos 49.i y 49.k, que disponen como causales de término del servicio civil, la capacidad del trabajador en caso de desaprobación y la supresión del puesto por causas tecnológicas, estructurales u organizativas, contravendrían el derecho a la estabilidad laboral (artículo 27 de la Constitución), el deber estatal de promoción del empleo (artículo 23 de la Constitución) y la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución). La Cuarta Disposición Complementaria Transitoria vulneraría los principios de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución) e independencia del Poder Judicial (artículo 139.2 de la Constitución), al disponer que cualquier resolución judicial que contravenga su mandato es nula de pleno derecho o inejecutable por el sector público.

Finalmente, la Undécima Disposición Complementaria Transitoria contravendría el carácter irrenunciable de los derechos laborales (artículo 26.2 de la Constitución), al

disponer que no resulta acumulable el tiempo de servicios de aquellos servidores que encontrándose en el régimen pensionario del Decreto Ley 20530, opten por incorporarse al régimen del servicio civil.

Dado que lo que se impugna es una ley, la defensa de su constitucionalidad le ha correspondido al Congreso de la República, a través de su apoderado, en mérito del Acuerdo de Mesa Directiva 033-2013-2014/MESA-CR, de fecha 18 de setiembre de 2013, quien contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sobre la base de los siguientes argumentos: La ley impugnada no desconocería el derecho a la negociación colectiva en la función pública, sino que delimitaría su ámbito de aplicación a temas referidos a las condiciones de empleo y no para conceptos remunerativos, actividad válida en tanto se trata de un derecho de configuración legal. En esa misma línea, la negociación colectiva salarial en el sector público nunca habría tenido eficacia práctica puesto que si bien el Convenio 151 de la OIT desarrolla los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, no establece a la negociación colectiva como el único mecanismo posible, mientras que el Convenio 154 de la OIT no ha sido ratificado por el Perú. Con relación al presunto trato discriminatorio entre servidores públicos, indica que la reforma se regiría por el

principio del mérito, según el cual la permanencia y progresión se basa en el buen rendimiento y aporte al cumplimiento de metas institucionales por parte del servidor, por lo que el artículo 26 de la ley impugnada no configuraría un trato discriminatorio sino un trato diferenciado y justificado, tal y como sucede con los artículos 65, 72 y 77, debido a factores como la temporalidad de las funciones que realizan, la ratificación de que la persona seleccionada responda efectivamente a los objetivos del puesto o el requerimiento de personal de confianza dependiendo de la complejidad de la estructura organizacional de la entidad estatal, respectivamente, máxime si los resultados de las evaluaciones son producto de un proceso transparente y objetivo en la asignación de factores a evaluar. Por otro lado, respecto de la alegada afectación del derecho a una remuneración equitativa y suficiente, precisa que las disposiciones impugnadas no fijarían un monto remunerativo, sino que tan sólo desarrollarían los componentes de él, cuya estructura establecida en ley sería eminentemente técnica, meritocrática y respetuosa de los convenios internacionales y del principio de equidad.

Los artículos 49.i y 49.k no vulnerarían el derecho a la estabilidad laboral, el deber de promoción del empleo, ni la dignidad de la persona, por cuanto la causal de término del servicio civil referida a la capacidad del trabajador, sólo

	<p>ratificaría la voluntad legislativa de promoción del empleo en base al principio meritocrático, mientras que la causal referida a la supresión de puestos de trabajo por razones tecnológicas, estructurales u organizativas sólo buscaría que las entidades evalúen sus procesos y los puestos que requieren de acuerdo a los servicios prestados, razón por la cual se prevén garantías en el artículo 68 y en la Quinta Disposición Complementaria Transitoria en la ley sujeta a control de constitucionalidad. La Cuarta Disposición Complementaria Transitoria no afectaría los principios de separación de poderes ni independencia judicial, pues lo único que pretende es impedir el goce simultáneo de beneficios laborales correspondientes a regímenes distintos.</p> <p>Finalmente, las alegaciones en torno a la Undécima Disposición Complementaria Transitoria carecerían de sustento material por cuanto la propia Ley 30057, en su Quinta Disposición Complementaria Final, reconoce que el trabajador que opte por el nuevo régimen, liquida sus compensaciones conforme a la norma bajo la cual cumplía su rol y se incorpora a un nuevo sistema de compensaciones económicas.</p>
Fallo	<p>Declarar FUNDADA EN PARTE la demanda de inconstitucionalidad en contra de diversos artículos de la Ley 30057, del Servicio Civil. En consecuencia, 1. FUNDADA la demanda con relación al extremo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria, que incluye el término "o</p>

judicial", por violentar el artículo 139.2 de la Constitución, referido a la independencia judicial, quedando el segundo párrafo del mencionado dispositivo redactado de la siguiente manera: "Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al nuevo régimen previsto en la presente Ley, dejan de pertenecer a los regímenes señalados con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en ellos; a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho o inejecutable por el Sector Público".

2. INFUNDADA la demanda con relación a los artículos 31.2, 40, 42 y 44.b, así como la Tercera y literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final de la Ley 30057, siempre y cuando el Congreso, dentro del plazo perentorio de noventa días calendario, emita la ley correspondiente que habilite a favor de los trabajadores un mecanismo alternativo a la negociación colectiva en materia remunerativa. En caso no se emita la ley correspondiente, el Tribunal se reserva la posibilidad de operativizar dicho mecanismo en un siguiente pronunciamiento, a fin de tutelar la plena eficacia de los artículos 28 y 42 de la Constitución y los instrumentos

	<p>internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.</p> <p>3. EXHORTAR al Congreso de la República para que a través de una reforma legislativa autorice a la Autoridad del Servicio Civil, o a la entidad que designe, para que sea emplazado al mismo tiempo que el empleador al momento de iniciarse el proceso judicial respecto del traslado de los trabajadores pertenecientes a los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 al régimen del servicio civil, a fin de que, en el marco de dicho proceso, pueda presentar los argumentos correspondientes a la validez constitucional del traslado, bajo los fundamentos expuestos en la presente sentencia.</p> <p>4. Declarar INFUNDADA la demanda en los demás extremos impugnados.</p>
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00018-2013-AI.pdf

En el presente caso, lo que se demanda es la limitación del derecho a la negociación colectiva, derecho constitucional regulado en el último párrafo del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, el mismo que limita la potestad de transar respecto a la remuneración que recibiría el servidor público por el trabajo realizado.

Debemos tomar en cuenta que en el presente caso se invoca la lesión o limitación al derecho colectivo al trabajo de los servidores civiles, pues de la redacción de la Tercera Disposición Complementaria Final y el literal a) de la

Novena Disposición Complementaria Final de la ley impugnada se advierte que aparece una exclusión del derecho a la negociación colectiva (artículo 28 de la Constitución) respecto de la posibilidad de negociación de las condiciones remunerativas.

Al respecto el primer paso llevado a cabo por el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento ha sido determinar el Contenido Esencial del derecho a la negociación colectiva, cuyo núcleo duro, internacionalmente ha sido delimitado por el Convenio 151 de la OIT y el Convenio N° 154 de la OIT, el primero de ellos establece la posibilidad de llevar a cabo una negociación colectiva en materia de condiciones de empleo (OIT, Convenio 151 - OIT, 1981) y el segundo regula la posibilidad de llevar a cabo una negociación colectiva en materia de remuneraciones (OIT, Convenio 154 OIT, 1981); sin embargo, el contenido esencial no está compuesto por lo establecido en estos dos convenios, debido a que el Perú únicamente ratificó el primero el 27 de octubre de 1980, por lo que internamente el contenido esencial del Derecho a la Negociación Colectiva únicamente involucra la posibilidad de llevar a cabo una negociación en materia de condiciones de empleo; por lo que la demanda fue declarada infundada, en virtud de la determinación del contenido esencial; siendo innecesario aplicar el test de proporcionalidad o ponderación a la medida tomada debido a que se encuentra dentro de los límites del contenido esencial del derecho y por tanto no involucra una medida paternalista, pues no interviene en la esfera del libre desarrollo de la personalidad de ningún individuo y tampoco interviene en la libertad de negociación colectiva de los servidores públicos.

1.3. CASO “LEY DE REFORMA MAGISTERIAL”

Tabla 19: Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley N° 29944

Expediente	N° 0020-2012-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad de la Ley N° 29944
Asunto	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas de la República contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, Ley de Reforma Magisterial.
Fecha de emisión	16/04/2014
Sumilla	La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por congresistas de la República se respalda en las siguientes premisas: i) <u>El primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 supone una rebaja del nivel alcanzado por los profesores de la Ley 24029, así como una reducción de sus remuneraciones, lo cual vulneraría el principio que prohíbe el desconocimiento de la dignidad del trabajador en conexión con el derecho a la dignidad humana, la obligación del Estado de procurar la promoción permanente de los profesores y el derecho a</u>

una remuneración. (ii) La disposición legal antes mencionada vulnera además el **derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en conexión con el derecho a la igualdad en comparación con la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, que asciende una escala a los profesores de la Ley 29062.** (iii) La Ley 29944 no reconoce la "deuda laboral" que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029 por incumplimiento en el pago del concepto de preparación de clases y evaluación.

El Congreso de la República, por intermedio de su apoderado, contesta la demanda solicitando que ésta sea declarada infundada, sustentándose en los siguientes argumentos: (i) La carrera magisterial está regulada en el primer y segundo párrafos de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 y no sólo en el primer párrafo como parecen entender los demandantes. (ii) El total de la Ley 29944, y en concreto, el primer párrafo de su Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, no establece el monto de la remuneración, por lo que no existiría fundamento para sostener que la disposición legal impugnada reduce la remuneración de los docentes. (iii) La promoción del profesorado debe producirse no sólo teniendo en cuenta el

	<p>tiempo de servicios, sino también mediante la evaluación de su capacidad y competencia. (iv) El tratamiento diferenciado entre los profesores regulados por la Ley 24029 y los docentes bajo el régimen de la Ley 29062 se encuentra debidamente justificado en la medida en que la realización del principio constitucional de la idoneidad del profesorado no es menor que la intensidad de la intervención o afectación al derecho-principio de igualdad. (v) La 'deuda laboral' que tiene el Estado con los profesores de la Ley 24029 no se encuentra dentro de lo constitucionalmente necesario, por lo que no es posible requerir su reconocimiento a través de la Ley 29944.</p>
Fallo	Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad en todos los extremos.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00020-2012-AI.pdf

En el presente caso, por otro lado, se demanda la aparente **vulneración del principio que prohíbe el desconocimiento de la dignidad del trabajador en conexión con el derecho a la dignidad humana, la obligación del Estado de procurar la promoción permanente de los profesores y el derecho a una remuneración.** (ii) La disposición legal antes mencionada vulnera además el **derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación en conexión con el derecho a la igualdad en comparación con la Cuarta Disposición**

Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944, que asciende una escala a los profesores de la Ley 29062.

La medida tomada por la Ley 29944 de equiparar los actuales niveles de los profesores de carrera a niveles inferiores de la nueva escala plateada, debe ser analizada, primero en virtud del contenido esencial de los derechos a la dignidad del trabajador, a la promoción permanente y a la remuneración de los trabajadores; debido a que, el hecho de ubicarlos en una escala inferior implica que sus ingresos se vería diferenciados de los ingresos de los docentes que habiendo realizado los mismo estudios y contando con la misma preparación se ubiquen en escalas mayores, por el hecho de haber ingresado a la carrera magisterial, por lo que también involucra a la prohibición de discriminación.

En ese sentido, la política inmersa en esta Ley, contiene una medida paternalista encubierta, debido a que condiciona a los docentes que pertenecen a la carrera del profesorado, a renunciar a su libertad de trabajo para acceder a la carrera pública magisterial en busca de remuneraciones más altas; lo cual a priori no parecería perjudicial, pero que, sin embargo ha generado múltiples problemas respecto al desconocimiento de un hecho ya cumplido, el cual es la ubicación del referido maestro en la más alta escala contemplada por la carrera del profesorado, lo que le ameritaría estar ubicado en una escala equivalente en la nueva carrera pública magisterial.

Por lo tanto, la medida tomada por la Ley es eminentemente paternalista, situación que parece desconocer el tribunal en la sentencia en comento, debido a que la discusión de la misma se centra en otorgar prevalencia a las

disposiciones legales, olvidando que existen principios constitucionales de consideración previa. Dicha medida, lesiona gravemente el contenido esencial de los derechos invocados, lo cual se agrava debido a que el tribunal Constitucional no realiza un adecuado análisis de la proporcionalidad de la misma.

1.4. CASO “LEY DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES”

Tabla 20: Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 29903

Expediente	N° 0013-2012-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad de la Ley N° 29903
Asunto	Demanda interpuesta por más del 25% del número legal de congresistas contra el artículo 2° de la Ley 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que incorpora los artículos 7-A, 14-A, 14-B, y 24.D del Decreto Supremo 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos y Pensiones.
Fecha de emisión	27/05/2013

Sumilla	<p>La demanda se sustenta en los siguientes argumentos: (i) <u>El esquema de “licitación de afiliados nuevos”, establecido en el artículo 7-A cuestionado, vulnera el artículo 11 de la Constitución, en vista de que el procedimiento de selección de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP) que ofrezca la mejor comisión limita el libre acceso a las pensiones por parte de los nuevos afiliados.</u> (ii) El establecimiento de la entidad centralizadora por parte de las AFP, bajo los mecanismos previstos por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), establecido en el artículo 14-A cuestionado, vulnera el artículo 62 de la Constitución, en vista de que cambia las condiciones iniciales con las que las AFP emprendieron sus funciones en el Perú. (iii) La facultad otorgada a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) como posible entidad centralizadora, establecida en el artículo 14-B cuestionado, vulnera el artículo 61 de la Constitución, en vista de que legitima la existencia de un monopolio, al centralizar todos los procesos operativos en una única institución pública. (iv) La comisión sobre el saldo, establecida en el artículo 24.d cuestionado, vulnera el artículo 12 de la Constitución, en vista de que la retribución que percibirán las AFP será cobrada a partir de las cuentas y fondos de cada afiliado; vulnera el artículo 65 de la Constitución, en vista de que afecta el deber</p>
----------------	--

de defender el interés de los consumidores y usuarios; y vulnera el artículo 70 de la Constitución en vista que afecta los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, entendidos como derecho a la propiedad.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, sustentándose en los siguientes argumentos: (i) **Lo establecido en el artículo 7-A cuestionado no vulnera el derecho de acceso a una pensión en vista de que éste implica la elección de un determinado sistema pensionario y no la elección de una determinada AFP; para tal caso, se podría alegar una afectación al derecho a la libertad de contratar de cada pensionista, que, sin embargo, no se produce porque la medida implementada, de carácter temporal y relativo, constituye únicamente una intervención en el principio de la autonomía de la voluntad, en la vertiente de la libertad de contratar.** (ii) Lo establecido en el artículo 14-A cuestionado no vulnera norma constitucional alguna en vista de que la Ley 25897, que creó el sistema privado nunca estableció que las AFP necesariamente debían hacerse cargo de los procesos operativos que ahora buscan centralizarse, tanto es así que se dejó abierta la posibilidad de que sea un tercero el que realice la recaudación. (iii) Lo establecido en el artículo 14-B cuestionado no implica que la labor de SUNAT

	<p>o de un particular se convierta en un monopolio, ni que se vulneren las reglas de la competencia perfecta, pues la entidad no está realizando actividad empresarial alguna, sino más bien una actividad extra-fiscal, una actividad económica no empresarial que tiene vínculos con los fines del Estado social.</p> <p>(iv) Lo establecido en el artículo 24.d cuestionado no vulnera la intangibilidad de los fondos pensionarios, en vista de que la comisión sobre el saldo del fondo forma parte de la retribución que hace el afiliado a la AFP por el servicio prestado.</p>
<p>Fallo</p>	<p>Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad.</p> <p>Adicionalmente, 1. En coherencia con el derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución, INTERPRETAR el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 7-A del Decreto Supremo 054-97-EF, <u>referido a la afiliación obligatoria de los nuevos trabajadores afiliados por el lapso de dos años, en el sentido de que tal afiliación compulsiva es válida siempre y cuando se respete el principio de proscripción de una rentabilidad neta de comisión por tipo de fondo de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones adjudicataria menor al comparativo del mercado, establecido por el artículo 2 de la Ley 29903, en el extremo que incorpora el artículo 7-E del Decreto Supremo 054- 97-EF, según información objetivamente veraz, suficiente, de sencillo acceso y de fácil comprensión que debe ser brindada por la</u></p>

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras

Privadas de Fondos de Pensiones. 2. En coherencia con el

derecho fundamental al derecho a la información de los consumidores, establecido en el artículo 65 de la Constitución, INTERPRETAR el artículo 2 de la Ley 29903 en la parte que incorpora el artículo 24.d del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a la retribución de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, en el sentido de que se requiere de manera ineludible de éstas y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones una mayor campaña de información a los afiliados sobre las características de cada esquema de comisiones para que los trabajadores afiliados al momento en que se emitió la Ley 29903 puedan manifestar su opción adecuadamente con pleno respeto de su derecho fundamental al libre acceso a las pensiones, establecido en el artículo 11 de la Constitución.

3. En coherencia con el derecho fundamental a la libre contratación, en el extremo de libertad de conclusión, establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, INTERPRETAR el artículo 2 de la Ley 29903, en la parte que incorpora el artículo 14-A del Decreto Supremo 054-97-EF, referido a los procesos operativos de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones objeto de centralización, que los contratos de centralización a celebrarse no podrán tener una duración superior a los 24 meses, que es el intervalo con el que

	se lleva a cabo la licitación del servicio de administración de cuentas individuales, por lo que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que por este medio se incorporen al sistema privado de pensiones también deben poder participar de la elección de las centralizadoras.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf

Esta Sentencia es sumamente interesante para determinar hasta qué nivel deben avanzar la políticas Paternalistas en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, pues ocurre que, precisamente estableciendo el **esquema de “licitación de afiliados nuevos”, regulado en el artículo 7-A cuestionado, vulnera el artículo 11 de la Constitución, en vista de que el procedimiento de selección de la Administradora Privada de Fondos de Pensiones (AFP) que ofrezca la mejor comisión limita el libre acceso a las pensiones por parte de los nuevos afiliados**, presumiéndose que dichos afiliados no cuentan con la capacidad suficiente para definir por ellos mismos cuál de las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones existentes en el mercado es la que más le conviene.

En ese sentido, el primer filtro que debe pasar una política de este tipo es la no vulneración del contenido esencial del derecho fundamental al libre acceso a las pensiones de parte de los nuevos afiliados a las AFP y, en el caso concreto, vemos que dicha libertad no es limitada o restringida, sino que es absolutamente anulada; no teniendo cabida alguna la argumentación del

apoderado del Congreso de que esta medida es temporal y que responde a las condiciones del mercado, puesto que sea o no temporal, la medida termina anulando definitivamente un derecho fundamental en un caso concreto, lo cual no es admisible en un estado Constitucional de Derecho.

Argumentaciones pueden abundar, principalmente por tratarse de un tema jurídico, sin embargo, recordemos que un status constitucional solamente puede cumplirse con el absoluto respeto de los principios establecidos por la carta fundamental, es decir, que, a pesar de que los derechos no sean absolutos, el contenido esencial del mismo si es inquebrantable, y con una anulación del mismo a través de una medida administrativa contenida en una medida legislativa, termina por destruir el orden constitucional establecido.

1.5. CASO “SENTENCIA DEL TABACO”

Tabla 21: Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28705

Expediente	N° 00032-2010-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28705
Asunto	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 3° de la Ley N.º 28705 —Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco
Fecha de emisión	19/07/2011

Sumilla	<p>Mediante demanda interpuesta con fecha 30 de noviembre de 2010, los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad el artículo 3° de la Ley N.º 28705 –Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco–, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 29517. Concretamente, cuestionan el precepto en el extremo que prohíbe el consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo de esta manera la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores, y en el extremo en el que prohíbe el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.</p> <p>Sostienen que el artículo 8° de la Constitución, se limita a establecer un mandato de regulación del consumo de tabaco, pero no lo prohíbe. Por ello, para proteger el derecho a la salud, el Estado puede introducir ciertas restricciones al consumo de tabaco, pero no puede prohibirlo. En tal sentido, refieren que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, que a su juicio ostenta rango legal y en cuyas normas se fundamenta, en buena medida, la incorporación al sistema jurídico de la norma cuestionada, no podría prohibir el consumo de tabaco, en tanto la Constitución permite expresamente el consumo de tóxicos sociales.</p> <p>Manifiestan que la norma impugnada afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que les impide</p>
----------------	---

actuar su libertad de fumar, aun cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores. Y es que – según refieren– la norma prohíbe de manera absoluta el consumo de tabaco en locales públicos cerrados, sin perjuicio de que éstos se encuentren destinados exclusivamente para fumadores, y donde labore personal fumador, además de prohibir de manera absoluta el consumo de tabaco en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos. Aducen que en ninguno de los dos casos se afecta de modo alguno el derecho a la salud de los no fumadores. Sostienen que el Estado no puede sancionar a las personas que en el marco de su autonomía han decidido libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello. En esa línea, afirman que puede justificarse una restricción a los derechos de las personas fumadoras cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras; sin embargo, ella no tiene asidero cuando las personas fumadoras deciden libremente concurrir a un lugar al que solo asisten –igualmente, por decisión voluntaria– otras personas fumadoras.

De otra parte, señalan que la norma cuestionada afecta de manera manifiesta los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, toda vez que establece una prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores, sin que exista una razón objetiva de por medio. Refieren que si la finalidad es proteger los derechos de los no

fumadores y de los trabajadores bastaría con imponer una medida que garantice sus derechos, por ejemplo permitiendo la existencia de áreas para fumadores especialmente acondicionadas tomando como referencia el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para los Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, pero sin prohibir la creación de este tipo de lugares solo para personas fumadoras. Por el contrario, refieren, se opta por la alternativa más restrictiva de los derechos de los fumadores, siendo por ende una opción inconstitucional.

Señalan que el impedimento de la existencia de locales exclusivos para fumadores donde únicamente trabaje personal fumador, no es una medida idónea para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores, pues éstos no se encontrarían expuestos al humo del tabaco. Asimismo, sostienen que tampoco resulta idóneo para proteger el derecho a la salud de los no fumadores, la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos para personas adultas, puesto que en dicho supuesto, al encontrarse al aire libre, los no fumadores no se encuentran expuestos al humo del tabaco. En esa medida, consideran que la disposición cuestionada no supera el subprincipio de idoneidad, conforme del principio de proporcionalidad.

Aducen que las medidas adoptadas antes de la expedición de la norma impugnada eran idóneas para alcanzar los fines

perseguidos, pero menos restrictivas de los derechos de los fumadores y de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pues permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos, y en cuanto a los espacios cerrados establecía la posibilidad de un área no mayor del 10% del local para fumadores, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores, dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas y contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores. Sostienen que durante el tiempo que estuvo vigente la legislación anterior, el Estado no realizó los esfuerzos para que se cumplan las medidas establecidas, de manera que restringir el marco regulatorio solo porque las municipalidades no han ejercido sus funciones fiscalizadoras, es hacer responsables a los administrados por las limitaciones de la Administración, afectándose con ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Asimismo, señalan que existían otras medidas menos restrictivas por las que se pudo optar, como permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, quienes podrían estar cubiertos por un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo. Y respecto de la prohibición absoluta de fumar en las áreas abiertas de los centros educativos,

consideran que se pudo optar alternativamente por prohibir el consumo del tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o únicamente en los espacios cerrados. En definitiva, aducen que la norma incoada no genera un estado superior de protección para los no fumadores, restringiendo innecesariamente el derecho de los fumadores, motivo por el cual no supera el subprincipio de necesidad.

Sostienen que si el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores, donde trabaja personal fumador, no genera ninguna afectación al derecho a la salud de los no fumadores, pues tales personas no acudirían a estos locales, no es razonable que se prohíba. En estos casos la prohibición no haría más que discriminar a los fumadores mostrando intolerancia hacia su elección. Asimismo, refieren que si el consumo del tabaco en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos y escuelas de postgrado, no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores, no es razonable que se prohíba. Por estas consideraciones consideran que la norma no supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, manifiestan que prohibiendo el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, de acceso público restringido, se está promoviendo de forma indirecta que

aumente el consumo de tabaco en los hogares de los fumadores, afectándose a los niños y niñas de padres fumadores, e incitándoles a fumar en imitación del modelo.

El apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por considerar que no vulnera la Constitución. Sostiene, en primer término, que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene rango constitucional, pues es un tratado sobre el derecho a la salud. Refiere que, conforme a sus disposiciones, el Perú debe dictar medidas idóneas para lograr el cumplimiento de dos fines: 1) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco; y) 2 reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo del tabaco, siendo éstos los objetivos de la disposición impugnada. Considera que en la demanda solo se otorga importancia al segundo de los fines. Manifiesta que no es correcto afirmar que el referido Convenio solo haga propuestas, puesto que lo que hace es establecer obligaciones generales para los Estados Partes, con el objeto de prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco.

Manifiesta que el precepto solo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos

dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte, por lo que no se puede afirmar que estamos ante una tesis absoluta de prohibición.

Con relación a la interrogante de los demandante acerca de por qué tendría que prohibirse el funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, donde además trabaje personal fumador, aduce que debe tomarse en cuenta que el artículo impugnado prohíbe fumar en los “interiores de los lugares de trabajo”, aún en el caso de que trabaje personal fumador. En tal sentido, los demandantes estarían pretendiendo el reconocimiento de una excepción a la referida prohibición, siendo además que en tal supuesto el personal fumador estaría mucho más expuesto a las consecuencias del tabaquismo, pues no solo tendría que soportar tales consecuencias en los momentos en que decide fumar, sino también en los momentos en los que no puede fumar por estar trabajando. En tal sentido, sostiene que en este caso las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores del lugar, aun cuando se trate de personal fumador.

Por su parte, con relación a la interrogante planteada por los demandantes acerca de por qué impedir a las personas adultas

el consumo de tabaco en una universidad donde cuenten con amplios espacios abiertos y no se afecten los derechos de terceros, considera que resulta contradictorio que se permita la realización de un acto (consumo de tabaco) que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar (centro educativo universitario) que está dedicado a prestar un servicio público (educación) que tiene por finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida; máxime si a dichos centros acuden también menores de edad. Resulta coherente que tales ambientes se encuentre 100% libres de humo de tabaco, para contribuir a la reducción de su consumo y a la protección contra la exposición al humo de tabaco, con lo cual se previenen enfermedades y, por ende, se garantiza la plena vigencia del derecho a la salud. Se trata pues, a su juicio, de una limitación razonable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Enfatiza que si bien los espacios libres de humo son una propuesta de la Organización Panamericana de la Salud, ellos constituyen un medio que no solo es idóneo para reducir la exposición al humo de tabaco, sino también para reducir su consumo. Sostiene que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional.

Refiere que el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra los intereses generales de la comunidad, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas.

Considera que el fin constitucionalmente legítimo de las medidas adoptadas por la norma impugnada es garantizar el derecho a la salud, pero no solo de los no fumadores, como lo entiende la parte demandante, sino también de los fumadores, lo cual resulta urgente ante la propagación de la epidemia del tabaquismo que produce enfermedades devastadoras. En tal sentido, manifiesta que entre las medidas que el Estado debe adoptar se encuentran aquéllas que son indispensables para la prevención de enfermedades, tal como lo hacen las medidas adoptadas por la disposición incoada que resultan idóneas para la consecución de tal objetivo, motivo por el cual superan el subprincipio de idoneidad del principio de proporcionalidad. Considera que no es correcto sostener, como lo hacen los demandantes, que con la medida impugnada en los hogares los menores se encuentren más expuestos al humo de tabaco, pues según la Organización Mundial de la Salud, el efecto es justamente el opuesto al reducirse el consumo de tabaco, debido a que previene de la iniciación en su consumo al atacar el corazón de su aceptabilidad social, fomentando que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores.

Aduce que la norma anterior a la impugnada, que admitía la habilitación de áreas designadas para fumadores en los locales públicos, a diferencia de la impugnada, era insuficiente para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues no existe mecanismo alguno que sea eficaz al 100% para impedir el paso del humo hacia la zona de no fumadores y los sistemas de ventilación no son capaces de evitar suficientemente la presencia de sustancias tóxicas en el ambiente. Afirma que de conformidad con el Dictamen del Proyecto de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º 3790/2009-PE que antecedieron a la dación de la norma impugnada, así como de acuerdo a sendos Informes de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud, el medio utilizado por ella (establecimiento de lugares públicos 100% libre de tabaco) es el único medio efectivo para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. En tal sentido, refiere que no puede considerarse a la legislación anterior como una medida alternativa, pues no era idónea para garantizar el derecho a la salud, motivo por el cual la norma supera el subprincipio de necesidad conformante del principio de proporcionalidad.

Manifiesta que la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, tampoco es una medida idónea para proteger la salud, pues los trabajadores fumadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo no solo en los momentos en que deciden fumar,

	<p>sino también los momentos en los que no pueden hacerlo por estar trabajando.</p> <p>Refiere que cuando la parte demandante propone un seguro de riesgo para los trabajadores de estos establecimientos, no solo reconoce que el trabajar en estos lugares es una actividad de riesgo, sino que propone una medida que no conduce a la reducción del consumo de tabaco, ni a la protección frente a la exposición al humo de tabaco, por lo que tampoco es una medida alternativa frente a la adoptada.</p> <p>Finalmente, considera que si comparamos el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, puede concluirse que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto.</p>
<p>Fallo</p>	<p>Declarar INFUNDADA la demanda.</p> <p>De conformidad con los fundamentos 142 a 148 supra, en atención a lo previsto en el artículo 3° del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, y al deber del Estado de proteger en el más alto nivel posible y de manera progresiva el derecho fundamental a la salud, reconocido en el artículo 7° de la Constitución, se encuentra constitucionalmente prohibido que en el futuro se adopten medidas legislativas o de otra índole que protejan en menor grado el derecho fundamental a</p>

	la salud frente a la epidemia del tabaquismo, en comparación a la manera cómo lo hace la legislación actual.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html

En la referida sentencia se integra el pensamiento de Stuart Mill, respecto a que el propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente para entrometerse en la autodeterminación de la libertad personal; es decir, los magistrados son conscientes de que principio o regla general es la no limitación de la autonomía individual de las personas y que en un Estado constitucional está proscrita toda forma de paternalismo jurídico puesto que afecta, según ellos mismos refieren en su fundamento 43, la autonomía moral y la libertad de elección.

Como justificación de la fundamentación paternalista, siguiendo a Dworkin (fundamento 44) señalan que la interferencia en la libertad de acción de las personas está justificada por razones de “...bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores...”, por lo que deberían ceñirse a los límites establecidos.

En ese sentido, hacen referencia al artículo 2°, inciso 1° de la Constitución política del Perú, que regula el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al inciso 4°, que regula la expresión, opinión y difusión del pensamiento y, al inciso 3° que trata sobre las libertades de conciencia; todos ellos garantizados

por el Estado, a menos que afecten los derechos fundamentales de terceras persona; lo cual constituye un límite para la acción estadual y, más todavía, si dicha acción se orienta a imponer una medida paternalista.

Po lo que señalan, que en virtud de ello, un Estado constitucional esencialmente reconoce, incluso, el derecho a equivocarse; lo cual es una posición muy acertada ya que las equivocaciones son un factor muy importante para la formación de la personalidad en el ser humano; pensamiento acorde con el pluralismo cultural, social, político y económico.

En consecuencia, la aplicación de una medida paternalista, según también afirman, deberá efectuarse única y exclusivamente en circunstancias excepcionales.

Es así que la presente sentencia justifica el paternalismo jurídico en determinadas circunstancias, sin embargo, estas circunstancias no terminan de estar del todo claras, ya que, como se reconoce, ésta “se encuentra justificada cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona, que va a ser sujeto de ella, por alguna razón tiene limitada, la libre manifestación de su voluntad, y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales” (Fundamento 56 de STC 00032-2010-PI/TC).

Es en este sentido que Garzón Valdéz (1988, 172) nos dice que el paternalismo podría, en determinadas circunstancias, estar justificado, sin embargo, de

ningún modo, esta justificación podría sobreponerse a los principios de igualdad y el respeto de la autonomía de la persona, reconociendo asimismo que han existido y existen formas de paternalismo fundamentadas principalmente en el particular punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes lo cual es llamado en la STC como “tiranía de valores”.

Según el fundamento 51 de la Sentencia, “... no es posible que, en ejercicio de su autonomía el hombre anule o renuncie a dicha autonomía...” y “...no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad...”; en ese sentido, en su fundamento 52, hacen referencia al imperativo categórico por el cual el ser humano cuenta con una principio de moralidad por el cual se comprende la protección de su libertad, su dignidad y su libertad.

Por ello, el paternalismo (fundamento 53) se justifica porque es capaz de proteger la dignidad del ser humano en circunstancias en que éste pone la pone en peligro al momento de ejercer su libertad; de manera que imposibilita, por ejemplo, que una persona haciendo uso de su libertad, celebre un contrato de esclavitud.

Así, según refieren en el fundamento 54, cabe restringir la libertad de los seres humanos en su propio beneficio; siempre y cuando se tenga en cuenta que dicha restricción debe ser en un grado ínfimo y tenga como objetivo evitar la producción de un daño grave e irreparable a los derechos fundamentales de las personas. En cuanto a ello, ¿Cómo se debe entender la frase “daño objetivo”?, puesto que si es que se está en el plano legislativo, no es posible hablar de un

daño objetivo; es más, si se trata de una disertación a nivel del Tribunal Constitucional acerca de la inconstitucionalidad de una norma, que por su naturaleza es formal y cuya formulación es anterior a la ocurrencia del hecho, no existe la más mínima posibilidad de hablar de un daño objetivo, por más de que se cuente con estadísticas de casos anteriores. Cómo podríamos hablar entonces de necesidad en la aplicación de una medida paternalista a nivel de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma si a este nivel de análisis todavía no se tiene cuenta de un daño objetivo que afecte grave e irreparablemente los derechos fundamentales de una persona o un grupo de personas; a pesar de ser idóneo el juicio de proporcionalidad para la aplicación de la medida, no puede utilizarse como fundamentación para ello.

Pues, no es lo mismo hablar de una ponderación abstracta del legislador que puede tratar únicamente de posibles o probables supuestos de hecho, que de una ponderación jurisprudencial que está basada en hechos consumados.

Por otro lado, en el fundamento 55 de la sentencia, los magistrados refieren que las medidas paternalistas deben tomar en cuenta las circunstancias particulares del sujeto; es decir, se justifican en los casos en los que el sujeto tiene limitada la libre manifestación de su voluntad y no es capaz de evaluar de forma suficientemente razonable el grave riesgo que importa determinada conducta suya para su propio derecho o, siendo consciente del riesgo, por compulsión externa o interna, no es capaz de actuar con consecuencia para evitarlo.

El primer caso puede estar referido a los supuestos del artículo 43° del Código Civil y el segundo a los casos de coacción por parte de autoridades o familiares y a los casos de consumo de sustancias alucinógenas; sin embargo, en todos aquellos casos, habría de configurarse el hecho para aplicar las medidas paternalistas, pues, no es posible saber si una persona reaccionará negativamente ante los estímulos internos o externos y, si así fuere, deberá tratarse de supuestos en los que comprobadamente existe la posibilidad de reacción negativa. No así, para el caso del consumo de tabaco, puesto que existen consumidores del tabaco que verían limitadas sus posibilidades de fumar en determinados lugares a pesar de que en ellos la nicotina no ejerza efectos negativos tales como la adicción; lo cual no obsta para que la medida restrictiva sea justificada en la no afectación del derecho de terceros.

En el fundamento 57, los magistrados aseveran que las medidas paternalistas también estarían justificadas cuando las personas adultas que son capaces jurídicamente adopten caracteres que distorsionen su manifestación de voluntad; pero dichas medidas serían informativas acerca de los riesgos o beneficios de actuar de tal o cual manera ante una determinada situación, lo cual, significa una intromisión ínfima en la libertad de las personas que se justifica en la magnitud del beneficio.

De igual forma, si es posible evitar las presiones externas que afecten el libre ejercicio de la voluntad de las personas, las medidas paternalistas a tomarse deberán aplicarse sobre las personas o entes que ejerzan dichas presiones, no así respecto de las personas pues se lesionaría su libertad por un acto o hecho

que no depende de él mismo y que no tenemos la certeza de que vaya a asumir para variar su comportamiento; no es posible entonces hablar de redireccionar una conducta que no sabemos si se va a configurar o no. Diferente es el caso del uso del cinturón de seguridad o de la práctica del parapente, puesto que en estos casos es necesario que primero se configure la conducta de las personas para que exista la posibilidad del riesgo, ante lo cual sí es posible tomar medidas paternalistas de protección.

Por tanto, resultaría sumamente irresponsable, que un hombre de derecho regule tal o cual supuesto jurídico basado en sospechas fundadas de que podría configurarse tal o cual conducta, puesto que el derecho no es una ciencia que esté sujeta al azar.

Ahora bien, resulta entonces que, doctrinalmente y jurisprudencialmente el paternalismo jurídico, separado y diferenciado claramente del llamado perfeccionismo, es aceptado en determinadas circunstancias, es así entonces que lo que cabría aquí es regresar a delimitar en qué supuestos se podría estar hablando de paternalismo jurídico, social y legalmente aceptado, y en qué situaciones este aparente instrumento o medio distorsiona su finalidad y se convierte en un instrumento que atenta contra los derechos fundamentales mencionados en la sentencia referida y los reconocidos por la doctrina.

Es de resaltar que las discusiones aparecidas sobre este el tema particular del paternalismo jurídico tienen como punto de partida para analizarlo a lo dicho

por Stuart Mill y citado por el TC14, en función a esto, aparentemente lo que actualmente se conoce como paternalismo jurídico, nace más orientado a lo que ahora se conoce como perfeccionismo y posteriormente ya, toma una ubicación menos radical y procura otorgarle un óptica más liberal y de respeto a los derechos fundamentales.

Ahora bien, en la discusión respecto del paternalismo, sus efectos, su necesidad y su pertinencia, Paulette Dieterlen (1988, 178) reconoce un riesgo que, a la larga, podría significar, en uno y otro caso, políticamente peligroso, dicho riesgo se da en función de si un estado debe ser paternalista con la consiguiente posible intervención y vulneración de derechos, o incurrir en ineficiencia, al menos respecto de cómo se podría observar por la población una actitud de este tipo, la cual podría incluso tomarse como irresponsabilidad.

Aparentemente, este riesgo y la naturaleza misma del paternalismo, tienen alguna relación con la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, que según el TC “facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o en su defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales” (Landa 2010, 32), en ese sentido resulta entonces de vital importancia plantearnos la posibilidad de si el paternalismo jurídico podría justamente garantizar la realización y eficacia plena de nuestros derechos fundamentales por parte del Estado, en cumplimiento estricto de la

¹⁴ Tal es el caso por ejemplo de Ernesto Garzón Valdéz en su artículo “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, el caso de Miguel Ramiro Avilés en su artículo “A vueltas con el paternalismo jurídico” y/o el caso de Paulette Dieterlen en su Artículo “Paternalismo y estado de bienestar”.

naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, o si este paternalismo terminaría limitando nuestra libertad y capacidad de disfrutar de derechos como el derecho al libre desarrollo, autodeterminación, entre otros.

Además de lo hasta aquí mencionado cabe recalcar el alcance que reconoce el TC a la dignidad, en la Sentencia materia de este trabajo, respecto de lo cual cita lo contenido en la Constitución al reconocer ésta que la defensa y el respeto de la dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, reconociendo que dicha defensa y respeto se da como consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo (fundamento 53), sin embargo, a pesar de que ésta apreciación se da en función de validar cierto nivel de paternalismo jurídico por parte del Estado, el otorgarle este reconocimiento al ser humano como un fin en sí mismo como Kant lo ha dicho, podría, al contrario de lo que pretende el TC, sugerir que el paternalismo en realidad es negativo respecto de los derechos fundamentales que se podrían estar afectando por parte del Estado.

Ahora bien, es cierto que hasta el momento, el análisis de la figura del paternalismo jurídico aparentemente sugeriría que este es en todo sentido un limitante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la investigación bibliográfica al respecto nos ha sugerido una serie de situaciones y ejemplos en los que el paternalismo no se inmiscuye de manera directa con los derechos al libre desarrollo o el de autodeterminación, más aún, nos propone situaciones en las que por tener una relevancia trascendental en políticas estatales el paternalismo de pronto no se dibuja como negativo, tal es el caso, por ejemplo,

de la obligación de todos los ciudadanos que constituyen la fuerza laboral formal de nuestro país y que están obligados a depositar cada mes un porcentaje de su remuneración a un sistema de pensiones que le garantice, en un futuro, poder vivir de manera digna, claro está, garantizando también que éste no se convierta en un problema para el estado si en cierta edad no podría sostenerse por sí mismo. Este ejemplo nos presenta una imagen en la cual, el Estado de manera totalmente paternalista a incluido en la legislación nacional un instrumento mediante el cual, todos los ciudadanos no podrán disponer de un monto de su remuneración a fin de que ello le sirva en el futuro para poder sostenerse cuando no pueda formar parte ya de la fuerza laboral de nuestro país. ¿Esta obligación vulnera el derecho de autodeterminación de las personas, en función de no poder decidir sobre lo que haremos con la totalidad de nuestra remuneración? Aparentemente sí, ¿Vulnera además el derecho al libre desarrollo de la personalidad?, sí; sin embargo, no creemos que esta limitación estatal sea de manera alguna perjudicial para los ciudadanos, no nos podríamos oponer a la decisión aparentemente legítima del Estado de tener una política de previsión en materia de pensiones.

Una posición interesante respecto del tema es la del magistrado Álvarez Miranda, quién emitió su voto singular en cuanto al caso del tabaco; él comulga con el fallo obtenido por mayoría, pero sus fundamentos distan de aquellos, principalmente en lo que al tema del paternalismo jurídico se refiere.

Comienza su argumentación con una definición bastante clara y funcional de la “Dignidad del Ser Humano”, recalca su calidad de valor supremo que

justifica la existencia de los Estados y sus objetivos, su carácter de fundamento esencial de todos los derechos fundamentales y, su estatus de valor moral y espiritual inherente a la persona; todo ellos con la finalidad de dejar en claro, que por efecto de su dignidad el ser humano ostenta su capacidad de autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, en ejercicio de su derecho a la libertad, teniendo como único límite la dignidad de los demás.

Su importancia radica en el hecho de que la dignidad es considerado un principio que se aplica en el proceso de aplicación y ejecución de las normas, instituyendo como criterios: el interpretativo, el de determinación del contenido esencial de los derechos y los límites para las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales y; por otro lado, se le reconoce la calidad de derecho fundamental que cuenta con un ámbito de tutela y protección autónomos. Lo cual faculta a las personas para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales en caso de su vulneración.

En ese camino, si es que se reconoce la dignidad de los seres humanos, como acto seguido se reconoce su libertad y, por tanto, su capacidad de autodeterminación y legitimidad para exigir la protección de dicha capacidad, la misma que puede ser ejercida teniendo como única restricción la libertad y dignidad de los demás; en ese sentido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, según Álvarez Miranda, tiene una connotación positiva puesto que el hombre puede hacer todo lo que desee en su vida y con su vida, y una connotación negativa, desde el punto de vista del estado y la sociedad civil, que no pueden entrometerse indebidamente en la vida del titular del derecho o,

que si lo hicieren, no pueden sobrepasar el límite razonable de manera que se preserve el núcleo esencial.

Este magistrado también desarrolla la regla general para que los Estados Constitucionales se vean facultados a intervenir en el derecho a la libre determinación de la personalidad de cada individuo o del grupo en general de manera previa, esto es, siempre que se busque proteger los derechos de los terceros; y, justifica la intervención paternalista solamente en casos excepcionales y siempre y cuando no exista otra fundamentación para alcanzar la finalidad; pero, en el caso de negar la posibilidad de que las personas fumen justificando tal medida en la finalidad de reducir los costos sanitarios que esta acción pueda causar en el futuro, concluye que es “...irrazonable y desproporcional...” (Fundamento 14). A respecto señala que no es posible compeler a la población a llevar una vida saludable, pues de esta forma se estaría volviendo a los Estados totalitario, lo cual es inaceptable debido a que el actual Estado puede rescribir la forma en que las personas deben comportarse con otras personas, pero no cómo se comporta consigo mismo.

Es imposible y utópico pensar que el Estado es capaz de conocer siempre y en todos los casos lo que es mejor para cada uno de sus integrantes, existe una incapacidad material para ello, además que, los asuntos de las personas deben ser decididos por las personas y, si ellas incurrieran en algún error, aquello les serviría para su maduración.

Justifica la intervención estatal en estos temas, no desde una óptica paternalista, sino desde un análisis económico, introduciendo la figura de las externalidades, pues los costos que sufren los fumadores pasivos para afrontar una enfermedad provocada por el humo del tabaco son asumidos única y exclusivamente por ellos a pesar de que no han desplegado la conducta que les ha llevado a tal situación. Este es un daño causado a terceros y es suficiente para justificar la medida restrictiva impuesta en el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco-, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517.

La presente sentencia declara Infundada la demanda de inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley 28705, en el sentido de que son Constitucionales las medidas adoptadas por el Estado para disminuir el consumo del tabaco, cabe precisar que la sentencia considera que el paternalismo jurídico se justifica en medidas de salud pública y por los costos mayoritarios que estos puedan generarle a posteriori; vulnerando la libertad individual de la persona para poder tomar sus propias decisiones.

En tal sentido, no se puede justificar la intervención estatal en medidas que el estado considera son mejores para la sociedad, vulnerando libertades fundamentales de los ciudadanos que son inherentes a su persona, de ser así estaríamos hablando de un Estado Totalitario y autoritario.

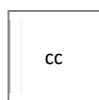
La sentencia en comentario ponderar supuestamente dos derechos fundamentales de la persona, por un lado la libre determinación de la persona

y por el otro el derecho a la salud que tenemos todas las personas, y escoge el menos gravoso para la sociedad, por lo que creo que no se hace una correcta interpretación de la norma, debido que cada persona es libre de elegir lo que cree es mejor para él, lo que no sucede en el paternalismo ya que al reencaminar esa libertad que el ser humano tiene lo que se hace es considerar a éste como un ser incapaz de tomar sus propias decisiones, algo que no sucede en los gobiernos democráticos.

Hemos observado, entonces, que en situaciones de incertidumbre y excepcionales es posible que los Estados Constitucionales intervengan en el libre desarrollo de la personalidad del ser humano usando medidas paternalistas que buscan reparar una situación lesiva de sus derechos fundamentales o protegerlo de una posible mella en los mismos.

Lo discutible al respecto es en establecer cuál es el límite o el umbral que jamás debe ser cruzado ni por el poder legislativo, ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial al momento de tomar medidas paternalistas; habida cuenta que es una regla el hecho de que todas las personas por el mismo hecho de contar con dignidad, contamos con libertad y la suficiente capacidad para tomar nuestras propias decisiones, ejercitar nuestros derechos y determinar qué es lo que más nos conviene.

Consiguientemente, consideramos que para adoptar una medida paternalista son necesarios dos pasos fundamentales que involucran al juicio de proporcionalidad.



El primer paso fundamental corresponde a la decisión acerca de si debe aplicarse o no la medida al caso concreto.

Para ello, su análisis debe atravesar los tres criterios para considerarla una medida proporcional.

Según esto, para que la medida sea considerada idónea, debe perseguir un fin y es la más adecuada para alcanzarlo, lo cual en el caso concreto si se cumple, puesto que la prohibición de fumar en lugares cerrados de atención al público y en lugares abiertos dedicados a la educación, es una medida idónea para reducir el consumo de tabaco y proteger la salud de los no fumadores.

Para considerar la medida necesaria, no puede haber otra que sea mejor que la propuesta, lo cual también ocurre en el presente caso puesto que se ha probado que la medida anterior resultaba insuficiente porque los espacios para fumadores no eran lo suficientemente efectivos para proteger la salud de los no fumadores ya que no existen mecanismos eficientes para evitar que el humo de un espacio se cuele hacia el otro.

Inútil, para nuestro fin, sería la aplicación de la ley de ponderación, las fórmulas de peso y las cargas de la argumentación; puesto que el problema que hemos encontrado no es la medida que ha sido determinada para el caso del tabaco, sino su fundamentación, específicamente fundamentarla o justificarla en un principio paternalista.

Bien se hace en justificar la intervención estadual en la libre determinación de la personalidad de los fumadores que realizan esta práctica en lugares cerrados de atención al público y lugares abiertos de instituciones educativas, porque, es imposible asegurar que estas prácticas, aún si es que los lugares cerrados de atención al público fueran exclusivamente para fumadores y atendidos por personal fumador y en los lugares abiertos de instituciones educativas sólo haya asistencia de personas mayores; puesto que de todas maneras existiría afectación a la salud de los trabajadores fumadores de los centros cerrados que no podrían fumar en horas de trabajo y que inhalarían el humo del tabaco sin ser ellos lo que consumen el cigarro y, en el caso de las instituciones educativas para mayores de edad, es posible que concurran mayores de edad que se vean incentivados a consumir el producto con mayor frecuencia observando que sus compañeros lo hacen o incluso se vería afectados por la incomodidad de soportar los olores que se propagan incluso en lugares abiertos si es que se está formando parte de un grupo de personas que departen en campo abierto, es más, siendo el consumo de tabaco una práctica que busca erradicarse por su carácter de epidemia, tal como ha sido declarada.

Pero, desde el punto de vista de la fundamentación, no es posible justificar esta medida por el hecho de proteger la salud de los propios fumadores ya que éstos consumen el cigarrillo haciendo uso de la libre determinación de su personalidad.

Así, una vez tomada la decisión de aplicar dicha medida restrictiva, dada su idoneidad y necesidad, el segundo paso es tomar la decisión acerca de cuál será

su justificación, puesto que es posible que por adecuada que resulte la medida para conseguir la finalidad de evitar el consumo del tabaco, esta no lo sea tanto para los fines de la protección de los derechos fundamentales.

De acuerdo a ello, podemos aseverar que basta con que la justificación de la medida de prohibir el consumo de tabaco en determinados lugares sea únicamente la protección de la salud de terceros que se vean afectados por el humo del cigarrillo aún sin consumir el producto, sean o no consumidores habituales y, en el hecho de que si se ejerce en lugares públicos abiertos dedicados a la educación contribuyen a incentivar el consumo, lejos de desincentivarlo, que es la finalidad de las actuales políticas anti tabaco.

Pero de ninguna manera la justificación paternalista de que la medida es tomada para proteger la propia salud de los consumidores, puesto que es claramente intromisiva y se corre el riesgo de que se convierta en una fundamentación perfeccionista; por otro lado, sometida al juicio de proporcionalidad no supera el test de idoneidad y el test de necesidad.

En ese tenor, la justificación paternalista no es idónea porque a pesar de perseguir la finalidad de imponer una medida restrictiva que desincentiva el consumo de tabaco, no es la más adecuada porque quebranta los principios de un Estado Constitucional; aún con todo ello, es posible que este test se supere por el carácter de excepción del paternalismo.

En cuanto al test de necesidad, definitivamente no es superado por la fundamentación paternalista, debido a que sí existen otras fundamentaciones

más adecuadas que justifiquen la aplicación de la medida restrictiva, las cuales han sido explicadas líneas arriba, por lo tanto, el fundamento paternalista ya no es susceptible de pasar al test de ponderación y, claramente se tiene que no debe ser utilizado para justificar que se tome la medida de prohibir el consumo de tabaco e determinados lugares.

Es adecuado que se tomen las medidas necesarias para erradicar el consumo del tabaco, debido a que esta práctica ha resultado lesiva para la salud y la vida de muchas personas alrededor del mundo y ha sido declarada epidemia mundial.

Las medidas adoptadas por la el artículo 3° de la Ley N° 28705 – Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco-, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 29517, son adecuadas para la consecución de la finalidad ya indicadas anteriormente y no constituyen una vulneración a la libre determinación de la personalidad de los ciudadanos debido a que ésta no puede ser ejercida afectando los derechos de los terceros que es lo que ocurre en el caso del consumo del tabaco en el que se vulneran los derechos de los fumadores pasivos.

Dicha medida debe ser fundamentada desde el extremo de la protección de los terceros que aspiran el humo del cigarro a pesar de no estar fumándolo y con la contrariedad que existe en el hecho de fumar en un centro educativo, cuando lo que se busca es desincentivar el consumo del tabaco; justificaciones que son

suficientes para declarar infundada la pretensión de inconstitucionalidad de la norma.

Aplicado el test de proporcionalidad, no es posible aplicar una justificación paternalista a la medida adoptada por la referida ley, debido a que existen justificaciones más adecuadas y, ya que es bastante peligroso imponer posiciones paternalistas al libre albedrío de los magistrados debido a que podría sobrepasarse los límites de dicha posición hasta alcanzar matices de perfeccionismo que está totalmente proscrito para los Estados Constitucionales.

En el presente caso no es posible justificar la medida de prohibición de fumar con una fundamentación paternalista, por lo que el voto mayoritario en la sentencia en análisis es equivocado.

1.6. CASO “FORMALIZACIÓN Y TITULACIÓN DE PREDIOS RURALES DE PUEBLOS INDÍGENAS”

Tabla 22: Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089

Expediente	N° 00022-2009-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad contra el D.Leg. N° 1089
Asunto	Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089.
Fecha de emisión	09/06/2010
Sumilla	<p>Con fecha 01 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008.</p> <p>Los demandantes refieren que <u>“sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como <u>el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la</u></u></p>

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.

Alegan que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N.º 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19), en el considerando que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Refieren que se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Expresan que este decreto legislativo “es de espíritu inconstitucional”, ya que tiene el evidente propósito de derogar el Decreto Ley N.º 22175 y su reglamento, el Decreto Supremo 003-79-AA, dejando vigente el Decreto Legislativo N.º 667, Ley de Registro de Predios Rurales.

Alegan además que al no haberse respetado el derecho de consulta de los pueblos indígenas se ha contravenido el artículo 118, inciso 1 de la Constitución, que obliga al Presidente de la República a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

Estiman, a manera de precisión, que el Decreto Legislativo ha sido promulgado en virtud de la Ley N.º 29157, que otorgó al Ejecutivo la “Facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento”.

Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.º 1089, vulnera lo previsto en el artículo 6 inciso 1 a) y 2 del Convenio N.º 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además, sugieren que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N.º 169, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda alegando lo siguiente:

Explica que mediante el Decreto Legislativo N.º 1089 se ha dado un marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtenga la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento

de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra.

Expresa que el Decreto Legislativo N.º 1089, no ha excedido el marco delegado por la Ley N.º 29157, ya que este versa sobre materias específicamente delegadas por dicha Ley autoritativa, puesto que está dirigido a la mejora del marco regulatorio y a la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos.

De otro lado argumenta que con el Decreto Legislativo no se está derogando la Ley N.º 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, máxime si es que el decreto legislativo es de carácter temporal y que no se ha pretendido legislar sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Subraya por su parte, que la DNUDPI no ha sido ratificada por el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.

Alude además, que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas

que en su origen fueron ancestrales –indígenas-, con el “desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra” (sic). En tal sentido, alegan que “darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana.” Sería arbitrario así, explica, que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas. Por tal motivo, resulta necesario una ley a fin de que se dicten los requisitos, condiciones y características que debería considerarse propios de los pueblos indígenas.

Expresa adicionalmente que no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1089, ni de ninguna otra norma legal con rango de ley por no haberse efectuado la consulta previa a los pueblos indígenas, por cuanto no existe una norma que establezca cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta.

Finalmente, expresa que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 1089 es una medida de alcance general y “no vincula expresamente de manera directa a las comunidades campesinas”. Agrega que el decreto legislativo es de carácter temporal, de lo que se debe concluir que la no realización de la consulta no implica la inconstitucionalidad de la norma.

Fallo	<p>Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.</p> <p>INTERPRETAR el Decreto Legislativo N.º 1089 de conformidad con el fundamento 57 de la presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.</p>
URL	<p>http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html</p>

La sentencia presentada resulta interesante para poder evidenciar la diferencia entre la protección de aquellos derechos consagrados dentro de un Estado Constitucional de Derecho, y aquellas políticas de protección que otorgaría un Estado de Bienestar; si bien es cierto la problemática planteada no está dirigida a analizar el fondo del Decreto Legislativo N° 1089, es imprescindible determinar hasta qué punto se puede y debe permitir que las políticas paternalistas adoptadas por el Estado Peruano intervengan en el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, políticas que inclusive pueden llegar a vulnerar normas de carácter internacional como el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, todo esto fundamentándose en una mejora de la competitividad económica.

Como puede inferirse de los hechos presentados, el Estado Peruano hace suyo el deber de decidir sobre la propiedad de los pueblos indígenas, presumiendo que los miembros tanto de las comunidades campesinas así como de las comunidades nativas no ostentarían capacidades suficientes para ejercer libremente dicho derecho; todo esto en un claro atentado contra el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, el derecho de tierras de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa; derechos que son propios de un Estado Constitucional de Derecho y han sido consagrados dentro del Ordenamiento Jurídico Interno así como en el Ordenamiento Jurídico Internacional al que se encuentra sujeto el Estado Peruano.

Se tiene que en virtud de los derechos señalados sucintamente en el párrafo anterior, es que se otorga protección a las diferencias claramente marcadas en un estado pluricultural y pluriétnico como el peruano, constituyendo un derecho fundamental el de la Consulta Previa frente a cualquier intento de tomar decisiones, ya sean administrativas o legislativas, en cuanto a su territorio, como ocurrió en el presente caso; si bien es cierto, los argumentos por parte del ejecutivo pueden ser diversos como que las razones han sido mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos; como es sabido dentro de un Estado Constitucional de Derecho como en el que se desarrollan los hechos las políticas no son ilimitadas sino que deben estar acorde con el Ordenamiento Jurídico, no pudiendo aceptarse bajo ningún supuesto la vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales ya sea de un individuo o de una comunidad.

Si bien el Tribunal Constitucional arriba a la conclusión de que la demanda incoada debe ser declarada infundada, lo hace en virtud de la interpretación que realiza del texto normativo del Decreto Legislativo N° 1089, estableciendo que el procedimiento establecido en este dispositivo legal no alcanza a las comunidades campesinas y nativas. Pese a ello resulta propicio el caso para señalar que cualquier cuerpo normativo debe respetar siempre los derechos fundamentales preexistentes, para no poner en riesgo tanto el sistema jurídico como el propio Estado Constitucional de Derecho.

1.7. CASO “PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE”

Tabla 23: Recurso de Agravio Constitucional generado en el Proceso de Amparo contra el Ministerio de Salud

Expediente	N° 02005-2009-PA/TC
Caso	Recurso de Agravio Constitucional generado en el Proceso de Amparo contra el Ministerio de Salud
Asunto	Proceso de Amparo incoado por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” en contra del Ministerio de Salud a fin de que se abstenga de iniciar la distribución de la denominada “píldora del día siguiente” y de distribuir bajo etiquetas promocionales este tipo de proyectos.
Emisión	16/10/2009

Sumilla

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: **a) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.**

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada “Píldora del día siguiente”, por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida; que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta

inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aun a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto

Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Agrega que a raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva” que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo; y que mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003-DP, del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N.º 78 “Anticoncepción Oral de Emergencia” en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

Aduce también que el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que

	<p>supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.</p> <p>Sostiene por último la representante de la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.</p> <p>Con fecha 17 de agosto de 2005 el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el “tercer efecto” del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.</p>
Fallo	<p>Declarar FUNDADA la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”.</p>

	Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada “Píldora del Día Siguiente” incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html

El expediente presentado constituye otro de los emblemáticos casos en los que se ha discutido grandemente sobre los lineamientos a los que deben estar sujetas las políticas paternalistas de un Estado que se dice estar acorde con los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho.

En primer lugar es necesario señalar que pese a existir una aparente contradicción entre los derechos invocados por las partes procesales, ésta contradicción no es del todo auténtica, sino más bien constituye un problema que requiere de un análisis mucho más exhaustivo que cualquier otro caso particular, estudio evocado a determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales aparentemente enfrentados, delimitándolos tomando en consideración no únicamente las instituciones generales propias de cada uno, sino un estudio específico acorde al caso concreto.

Se advierte que las pretensiones de ambas partes giran alrededor de la protección del derecho a la información, derecho a la vida del concebido, así

como del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en su dimensión de la autodeterminación reproductiva.

En este tenor, es que debe aclararse que toda política adoptada por el Estado, especialmente las medidas paternalistas, deben ser limitadas, y dicho límite debe estar constituido por el respeto a los derechos fundamentales; es decir, un Estado, en pro de sacar adelante una política aparentemente beneficiosa para la población no puede restringir deliberadamente el contenido esencial de un derecho fundamental.

Por tanto, en el caso concreto, de todos los medios probatorios analizados por el Tribunal, deviene en acertada la conclusión a la que se arriba; puesto que en específico la denominada píldora del día siguiente, no constituye un método anticonceptivo, que evita los embarazos no deseados, sino más bien que ésta podría inhibir la implantación de óvulo ya fecundado.

Por tanto, se puede concluir que el contenido esencial del derecho a la autodeterminación reproductiva, no se ve afectado con la prohibición de la distribución de la ya nombrada píldora del día siguiente, entendida como la libertad para poder decidir racionalmente, con responsabilidad sobre el momento adecuado u oportuno de la reproducción, la persona con quién procrear y reproducirse y la forma o método para lograrlo o para impedirlo; entiendo a este derecho como en el caso concreto como que toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia; y al no

constituir la píldora del día siguiente un método anticonceptivo más, no puede argumentarse la vulneración del contenido esencial del derecho ya invocado.

En este tenor, la política paternalista adoptada por el Ministerio de Salud, sí vulnera el contenido esencial del derecho a la vida, puesto que al ser abortivo el denominado método de la píldora del día siguiente se afecta gravemente el derecho a la vida del concebido, hecho que no puede ser amparado en un Estado Constitucional de Derecho.

Por lo tanto, es inconcebible toda política paternalista que afecte el contenido esencial de un derecho fundamental y más aún si se trata del derecho a la vida que constituye el soporte del propio derecho a la dignidad humana, en el que se inspira y fundamenta todo Estado que se proclame Constitucional De Derecho; y menos aún puede aceptarse que el Estado intervenga de manera inoficiosa en la vida particular de los particulares buscando proteger de sobremanera su derecho a la autodeterminación reproductiva, como si éstos no fuesen lo suficientemente capaces para decidir y adoptar las medidas idóneas.

Así pues la resolución a la que llega el Tribunal parece ser la más acertada tanto para la protección del derecho a la vida del concebido, así como del derecho a la información; prohibiendo políticas paternalistas que afecten el contenido esencial de los derechos fundamentales, pese a que se invoque la protección de otros derechos fundamentales.

1.8. CASO “PROMOCIÓN DEL SECTOR AGRARIO”

Tabla 24: Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360

Expediente	N° 00027-2006-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360
Asunto	Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Oscar Loayza Azurín, Decano del Colegio de Abogados de Ica, contra el artículo 7°, numeral 7.2, literales a, b y c del Título III de la Ley N° 27360, titulada ‘Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario’, y que en los artículos invocados en específico regula el régimen laboral para los trabajadores del sector agrario, publicada en el diario oficial ‘El Peruano’ el 31 de octubre del año 2000.
Fecha de emisión	21/11/2007
Sumilla	Con fecha 30 de octubre de 2006, el Decano del Colegio de Abogados de Ica, Óscar Loayza Azurín, contando con el previo Acuerdo de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Ica, interpone demanda de

Inconstitucionalidad contra el artículo 7° (Contratación Laboral), numeral 7.2, literales a, b, y c de la Ley N.º 27360 (Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario), publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de octubre de 2000. Manifiesta el demandante que el contenido normativo de la Ley materia de cuestionamiento es contrario al principio de igualdad y no discriminación constitucionalmente consagrado en el artículo 2º, numeral 2.

Los argumentos principales aducidos son los siguientes:

El demandante ampara el cuestionamiento de la norma referida en lo dispuesto por el artículo 1º, artículo 2º numeral 2, y en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, entre otros varios instrumentos internacionales, para afirmar que se ha afectado el Principio de Igualdad.

La Ley N.º 27360, en específico el Título III, estableció un régimen laboral especial, transitorio, que preveía beneficios laborales inferiores a los reconocidos a favor de los trabajadores sujetos al régimen laboral común, con una vigencia prevista inicialmente hasta el año 2010.

Sin embargo, el 27 de junio de 2006, el Congreso de la República aprobó su ampliación hasta el año 2021, lo que

originó no sólo la ampliación de los beneficios tributarios allí definidos, sino la ampliación de un régimen laboral que recortaba derechos fundamentales laborales de los trabajadores del sector agrario, atentando contra los principios de igualdad de trato y no discriminación, garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por el Perú.

La Ley materia de cuestionamiento en esta vía no sólo estableció beneficios tributarios, sino que en el artículo 7° diseñó un régimen laboral diferenciado sin una justificación objetiva y razonable. Recuerda asimismo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que, en algunos casos, el Estado promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o tratamientos favorables, lo que se conoce como discriminación positiva o affirmative action, y que no es el caso de las medidas adoptadas a través de la norma en cuestión, pues las medidas laborales instauradas en este régimen como una jornada de trabajo acumulativa, una remuneración que incluye los conceptos de CTS y gratificaciones, conllevan a que los ingresos resulten inferiores a los del régimen laboral general. En esa misma

línea, se encuentra la regulación sobre descanso vacacional y la indemnización por despido arbitrario.

En la medida que el derecho a la igualdad es un derecho relacional, a través de este régimen laboral especial, se vulnera también el derecho de acceso a mejores condiciones de vida, y por ende al disfrute de los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda adecuada, a la alimentación, entre otros.

Los beneficios no pueden ser otorgados a costa y en desmedro de la otra parte afectada por las mismas contingencias, como es el caso de los trabajadores, más aún cuando en la relación empresario-trabajador los trabajadores constituyen la parte más débil, siendo que sus derechos son materia de mayor protección tanto por la Constitución Política como por el Derecho Internacional.

Se cuestiona si las medidas adoptadas en la norma materia de análisis, son apropiadas y necesarias; o si, finalmente, carecen de justificación objetiva y razonable. Si bien el sector agrario tiene características propias y diferenciadas que podrían justificar la imposición de un régimen laboral especial, el mismo no puede contravenir los derechos sociolaborales mínimos establecidos nacional e internacionalmente.

Con fecha 25 de setiembre de 2007, el Congreso de la República, a través de su apoderado, Jorge Campana Ríos, contesta la demanda de inconstitucionalidad, solicitando que se la declare Infundada, por considerar que no existe contravención a normas constitucionales ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, como tampoco directa o indirectamente, en atención a las siguientes consideraciones:

No toda desigualdad en el trato implica una discriminación, sino sólo aquella que no tiene sustento o no sea lo suficientemente razonable y proporcional.

La Constitución otorga al Estado un rol promocional en materia de empleo, lo cual está plasmado, en primer lugar, en el artículo 23°, en cuanto a las políticas de fomento del empleo productivo (en la sección referida a derechos económicos y sociales); y, en segundo lugar, en el artículo 58°, en cuanto a que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo (en la sección relativa al Régimen Económico).

La norma cuestionada fue emitida en el marco de la atribución constitucional que se otorga al Estado en materia de promoción del empleo.

En igual línea, el artículo 59° de la Constitución establece que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, y promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

La Ley materia de cuestionamiento no afecta el contenido esencial de los derechos laborales consagrados en la Constitución, más aún cuando el contenido del derecho al trabajo constitucionalmente reconocido se refiere al derecho de acceso al trabajo remunerado y a la protección contra el despido arbitrario, además de los límites establecidos por el propio texto constitucional, cuales son el goce de los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador.

En materia de remuneración, la Constitución ha establecido un abanico de posibilidades, al considerar con carácter programático el derecho a un pago equitativo y suficiente.

De otro lado, si bien la Constitución garantiza el derecho a una jornada de ocho horas diarias o 48 horas semanales como máximo, dentro de ellas deben incluirse las jornadas atípicas o acumulativas; y en cuanto al derecho al descanso vacacional, la Constitución ha previsto que sus características se regulan por la legislación

infraconstitucional o la voluntad de las partes, por tanto en este extremo concuerda con la norma fundamental.

Además, con respecto al cuestionamiento sobre el monto de la Compensación por Tiempo de Servicios, la norma constitucional sólo establece que hay una prioridad obligacional para el empleador de este concepto.

Si bien el régimen especial diseñado tiene características particulares, ello no lesiona el contenido esencial de los derechos reconocidos por la Constitución; más bien, la norma cuestionada permite el ejercicio del acceso al trabajo remunerado, así como la seguridad social bajo reglas diferentes en tanto responde a las necesidades distintas (por la naturaleza de las cosas) del trabajo en el sector agrario. En virtud del artículo 103° de la Constitución, el establecimiento de un régimen especial en el sector agrario se justifica plenamente por el elemento aleatorio presente en tal actividad, es decir tiene como sustento la naturaleza de las cosas.

En el marco de los Convenios internacionales de la OIT, se han establecido diferencias para el caso de los trabajadores agrícolas en tres aspectos: (i) la fijación de salarios mínimos que tiene un régimen privativo para la agricultura; (ii) el tratamiento del descanso vacacional que permite diferenciación; (iii) las condiciones de seguridad

y salud en el trabajo para el sector del agro. Se citan los Convenios de OIT, especialmente, en el tema salarial, el Convenio N.º 131, que no obliga a una uniformización de regímenes ni a la eliminación de las distinciones. Con relación al descanso vacacional, el Convenio N.º 101 no establece mínimos para el descanso vacacional. En cuanto al tema de la seguridad y salud en dicho sector, el Convenio N.º 184 y la Recomendación N.º 192 permiten que los Estados puedan progresivamente asimilar estas condiciones al régimen común. Así, la propia OIT permite la existencia de distinciones entre el régimen especial agrario y el régimen general, siendo posible que el régimen agrario tenga como punto de partida un piso menor que el del régimen general.

Países como Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, entre otros, han establecido regímenes diferenciados para los trabajadores agrícolas, incluso diferenciaciones dentro del propio sector agrícola, como es el caso de Colombia para los trabajadores bananeros, Costa Rica o Francia, que excluye en materia de salario mínimo a los trabajadores agrícolas.

	El Tribunal Constitucional ha señalado, a nivel jurisprudencial, que el derecho a la igualdad supone tratar “Igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”.
Fallo	Declarar INFUNDADA la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 7°, numeral 7.2, literales a, b, y c, del Título III de la Ley N.º 27360, que regula el Régimen Laboral especial para el sector agrario, por no contravenir el Principio – Derecho a la Igualdad, de acuerdo a los fundamentos expuestos; en consecuencia, no son atendibles las pretensiones solicitadas.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html

En el presente caso se antepone una finalidad general, de bienestar general, ante la finalidad propia de los derechos fundamentales que son de carácter personal.

Insistimos que esta posibilidad está abierta al gobierno en el contexto de una Estado Constitucional de Derecho, siempre y cuando, no sobrepase el ámbito de protección del contenido esencial de los derechos fundamentales afectados.

En el presente caso, el enfrentamiento o la contradicción la suponen el derecho a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada de las empresas del sector agrario que es pasible de subsidios gubernamentales, contra el derecho al trabajo de las personas que se emplean en este ramo. Ambos extremos constituyen derechos fundamentales con un contenido determinado.

En el caso de la libertad de empresa, en reiterada y uniforme jurisprudencia (Caso Corporación Rey S.A, 2010) del Tribunal Constitucional ha establecido que esta libertad se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución; para ello, el Estado debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar el artículo 59° de la Constitución garantiza a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado; la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa.

En ese contexto es que el Gobierno tiene la obligación de implementar subsidios que favorezcan a dicho derecho constitucional de las empresas que constituyen, en buena cuenta, derechos fundamentales de tipo económico; dichos subsidios pueden consistir en exoneración del pago de Tributos, subsidio a las importaciones y exportaciones como el no pago de aranceles, facilitación de financiamientos, entre otros.

Ad empero, esta posibilidad de otorgar subsidios debe correr por cuenta y costo del gobierno mismo, de ninguna manera debe afectar los derechos fundamentales reconocidos a otros sujetos de derecho, como en el caso específico se trata de los trabajadores del sector agrario, a quienes se le ha creado un “régimen laboral especial” que reduce algunos beneficios sociales que éstos deben percibir en el contexto de la realización de su trabajo; situación inaceptable en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho, debido a que se estaría afectando el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo, que involucra la remuneración y los beneficios sociales, que tienen carácter de intangible, a fin de beneficiar otro derecho de igual monta.

Debe tenerse en cuenta que formalmente ha sido delimitado el contenido esencial de los beneficios sociales o laborales en el artículo 24° de la Constitución Política del Perú, la misma que regula que:

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”

1.9. CASO “CALLE DE LAS PIZZAS”

Tabla 25: Inconstitucionalidad de Ordenanzas Municipales

Expediente	N° 007-2006-PI/TC
Caso	Inconstitucionalidad de Ordenanzas Municipales
Asunto	Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas N° 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas.
Fecha de emisión	22/06/2007
Sumilla	La Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari manifiesta que, mediante la Ordenanza N.º 212-2005, se restringió el horario de atención y funcionamiento de los

locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, denominada Calle de las Pizzas, y zonas de influencia constituidas por la Av. Óscar Benavides (diagonal) cuadras 3 y 4 ; calle Berlín, cuadras 1,2 y 3 y calle Bellavista, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores, imponiéndose el límite para apertura de los establecimientos comerciales hasta la 1 a.m. de lunes a jueves y hasta las 2 a.m. los días viernes, sábados y feriados. Asimismo mediante la Ordenanza 214-2005, se amplía los efectos de la Ordenanza 212-2005, estableciendo que los locales comerciales solo podrán reiniciar sus actividades a partir de las 7 a.m. Del mismo modo objeta que las cuestionadas normas son contrarias al carácter general que debe revestir toda ordenanza, por el hecho que estas tienen un ámbito de aplicación localizado y específico, cuando las mismas deben tener exigencias sustantivas de carácter general, según lo establecido en el artículo 40 de la Ley 27972, y que su contenido no constituye materia regulable por medio de una ordenanza.

La Municipalidad Distrital de Miraflores propone la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, la misma que fundamenta señalando que el cálculo del 1% de ciudadanos adherentes se ha efectuado

en base al padrón utilizado en el proceso electoral a nivel nacional el año 2001, según lo establecido en el artículo 203, inciso 5), de la Constitución; sin embargo en la mencionada norma no se precisa si dicho monto porcentual de ciudadanos debe computarse respecto del último acto electoral válido del año 2001, como erróneamente lo interpreta el JNE, o del número de ciudadanos hábiles al momento en que se interpone la demanda, es decir del año 2006. Además señala que del total de firmas o suscriptores consignados en la relación de adherentes se ha constatado que 254 personas que figuran como registradas, no son ciudadanos que residen dentro de su ámbito territorial, por lo tanto no se cumple con el requisito del uno por ciento de registros válidos de ciudadanos del ámbito territorial del distrito de Miraflores establecido en artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

Respecto al fondo de la demanda señala que le asiste la facultad constitucional de ejercer sus funciones de gobierno emitiendo para ello ordenanzas municipales en virtud de la autonomía política, económica y administrativa. Así mediante Ordenanza N.º 214-2005, se complementa la Ordenanza N.º 212-2005, pues si bien la primera establecer el horario en que deben cesar sus actividades los locales y establecimientos comerciales de

la zona determinada, la siguiente fija el horario a partir del cual pueden reiniciar sus actividades fijándolo hasta las 7:00 horas. Afirma que la restricción en el horario de atención para los locales y establecimientos comerciales se justifica en el interés público y los beneficios para la comunidad que se esperaba obtener con ella pues dichos establecimientos vienen incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa civil, causando peligro inminente a la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales; consecuentemente, tal restricción de horarios tiene como justificación la conservación del orden, la preservación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos del distrito de Miraflores.

Respecto a la inconstitucionalidad de las ordenanzas por defecto de regulación general distrital, afirma que estas fueron emitidas por un órgano estatal de jurisdicción distrital, por lo que se trata de disposiciones restringidas a determinado ámbito territorial; además es posible legislativamente establecer restricciones o tratamientos especiales a determinado ámbito territorial o determinada actividad dentro de un distrito. De igual manera las ordenanzas no regulan materia distinta a las señaladas en el artículo 40 de la Ley 27972 pues las funciones y

	<p>competencias de los municipios distritales no culmina únicamente con lo establecido por dicha ley ya que existen otras disposiciones que reconocen atribuciones especiales a los gobiernos locales.</p>
Fallo	<p>Declarar FUNDADA en parte la demanda; en consecuencia:</p> <p>Declarar INCONSTITUCIONAL el artículo 4° de la Ordenanza N.º 212, expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, únicamente en el extremo que dispone: “déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas”</p> <p>Declarar INFUNDADA la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados.</p> <p>Declarar INFUNDADA la excepción de representación defectuosa de la demandante.</p>
URL	<p>http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html</p>

El presente caso constituye sin duda alguna uno de los fallos más polémicos del Tribunal Constitucional, sobre todo por la fundamentación que éste realiza, no únicamente al aplicar el Test de proporcionalidad, sino también

porque se puede observar qué posición toma dicho órgano frente a una clara medida paternalista.

Como se puede inferir de los hechos del caso concreto, se presenta la aparente colisión de dos derechos constitucionales, por un lado la protección del derecho a la libertad de empresa e iniciativa privada y por otro la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud de los vecinos; habiendo aplicado, los magistrados, de forma adecuada el Test de proporcionalidad para arribar a una resolución más cercana posible a la idea de un Estado Constitucional de Derecho.

Sin embargo, lo que constituye materia importante para el presente trabajo es el argumento plasmado en la sentencia, específicamente desde el fundamento 30 al 33, en los que se hace referencia que la restricción que acarrearán las Ordenanzas Municipales, debe estar amparado puesto que están en juego la seguridad, vida e integridad física de las personas que trabajan en los locales y de sus concurrentes; realizando para ello también el test de proporcionalidad, arribando a la conclusión de desvirtuar este argumento, puesto que no constituía una medida idónea.

Frente a ello es que se debe señalar que el fundamento citado en el párrafo precedente, para amparar las restricciones de las Ordenanzas Municipales, devendría en una medida en extremo paternalista, puesto que el Estado no puede intervenir en el ámbito de decisión que tienen los ciudadanos con el afán de protegerlos, pese a ello, el Tribunal Constitucional toma como

fundamento para desvirtuar éste argumento, el hecho de que no constituye una medida idónea, puesto que la restricción de horario no evitaría que los concurrentes ingieran bebidas alcohólicas y pongan en riesgo su integridad, más no el hecho de que es un ámbito en el que no puede intervenir un Estado Constitucional de Derecho, por ser un ámbito exclusivo de cada ciudadano el decidir si ingerir bebidas alcohólicas y con ello poner en riesgo su integridad.

Con lo referido en el párrafo anterior se busca dejar sentado que en un Estado Constitucional de Derecho, los ciudadanos tienen capacidad y autonomía para tomar sus propias decisiones, no pudiendo el Estado intervenir en aspectos que forman parte de la actuación exclusiva de un sujeto, por tanto, si el argumento ya citado hubiese sido el único sustento de las Ordenanzas Municipales, ésta medida no podría haberse amparado por contravenir con los fundamentos de un Estado Constitucional de Derecho.

1.10. CASO “SOAT - 2004”

Tabla 26: RAC por Proceso de Amparo contra el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC

Expediente	N° 2736-2004-PA/TC
Caso	RAC por Proceso de Amparo contra el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC.

Asunto	<p>Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Orlando Rafael Bertalmio Vidaurre, contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 80, su fecha 29 de septiembre de 2003, que declaró infundada la demanda de amparo de autos. El recurrente, con fecha 11 de julio de 2002, interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTCVC), con el objeto de que se declare <u>inaplicable el Decreto Supremo N.º 049-2000-MTC —Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, así como el artículo 11º y demás normas concordantes del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC —Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, por considerar que constituyen una amenaza a su derecho fundamental a la libertad de contratación.</u></p>
Fecha de emisión	16/12/2005
Sumilla	<p>El recurrente, con fecha 11 de julio de 2002, interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTCVC), con el objeto de que se declare inaplicable el Decreto</p>

Supremo N.º 049-2000-MTC —Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, así como el artículo 11º y demás normas concordantes del Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC —Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito—, por considerar que constituyen una amenaza a su derecho fundamental a la libertad de contratación. Refiere que por vía de los indicados dispositivos se le pretende obligar a celebrar un contrato de seguro por accidente de tránsito (SOAT) con empresas privadas con fines de lucro, a pesar de que la legislación ofrece distintas garantías que permitirían cumplir con las mismas obligaciones.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del MTCVC deduce excepción de caducidad y solicita que la demanda sea declarada improcedente, por considerar que el artículo 200º, inciso 2, de la Constitución establece que no procede la demanda de amparo contra normas legales, siendo el proceso de acción popular el idóneo para ventilar la pretensión del recurrente. Sostiene que, conforme a la Ley N.º 27181 —Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre—, y a los Decreto Supremos Nros. 049-2000-MTC y 024-2002-MTC, los propietarios de vehículos

	<p>automotores deben contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, el cual puede ser contratado con cualquiera de las compañías de seguros autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.</p> <p>El Cuadragésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 1 de octubre de 2002, declaró infundada la demanda, por considerar que la pretensión debe ser dilucidada en el proceso de acción popular.</p> <p>La recurrida confirmó la apelada, por considerar, de un lado, que el seguro regulado por las normas cuestionadas tiene por objeto resguardar los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal y, de otro, que tales normas no obligan al recurrente a contratar con alguna empresa específica.</p>
Fallo	Declarar INFUNDADA la demanda.
URL	http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02736-2004-AA.html

Otro caso que según la demanda importa una discusión que no tiene en cuenta el contenido esencial de los derechos fundamentales antes de llevar a cabo la discusión de la proporcionalidad de la medida, es este proceso de amparo, en el cual el Tribunal Constitucional se enmarca en una discusión vana acerca de

la contravención de las normas de orden público, olvidando establecer la protección del derecho a la libertad de contratación planteada por el demandante.

Según el demandante debe tomarse en cuenta que el mercado ofrece otras alternativas distintas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, por lo que al limitarse sus posibilidades de contratación con las empresas aseguradoras aprobadas para brindar el SOAT, se estaría limitando el contenido esencial de su derecho a la libertad de contratación.

Al respecto y en el caso particular se tiene que el Tribunal desarrolla en la Sentencia el contenido esencial del derecho a la libertad de contratación, en el sentido de su apreciación económica, puesto que esta debe tener como finalidad versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público; asimismo, para decidir la celebración de un contrato, así como para elegir al co-celebrante.

Sin embargo, también señala que el referido contenido esencial se determina o concluye a partir de la interpretación sistemática que debe tener todo precepto constitucional, la misma que debe interpretar cada uno de los principios con un ámbito reducido a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho a la dignidad humana cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el estado (artículo 1° de la Constitución)

En ese sentido, la determinación, en un caso concreto, del contenido protegido de un derecho fundamental no puede efectuarse al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

En efecto, en tanto el contenido de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad.

Por ello, y en atención a que el artículo 2º, inciso 14, de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, “siempre que no contravengan leyes de orden público”.

Lo que no ocurre en el presente caso, en que el mercado no presenta mejores alternativas u otras alternativas para la contratación de un seguro de este tipo, habida cuenta que éste ha sido concebido con la finalidad de salvaguardar la vida y la integridad física de los accidentados; pues, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) se encuentra previsto en el artículo 30º de la Ley N.º 27181 y su objeto consiste en “...cubrir a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes, que sufran lesiones o muerte como producto de un accidente de tránsito.”

En consecuencia, resulta evidente que su finalidad se encuentra orientada a proteger los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, reconocidos en el artículo 2, inciso 1º, de la Constitución. Por otra parte, tal como se advierte de su respectiva regulación en los Decreto Supremos N° 049-2000-MTC y N° 024-2002-MTC —en especial del análisis de sus artículos 14º—, el seguro ha sido configurado como una medida idónea y pronta para otorgar debida protección a los referidos derechos fundamentales.

Por lo que ante la aplicación de un test de ponderación, resulta preponderante el derecho a la vida en integridad de los afectados con el accidente de tránsito.

CAPÍTULO II
ANÁLISIS EMPÍRICO DE LA CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL DEL
DERECHO COMPARADO

2.1. CASO “SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES O SICOTRÓPICAS - COLOMBIA”

Tabla 27: Inconstitucionalidad ante Corte colombiana

Expediente	Sentencia C-574/11
Caso	Inconstitucionalidad ante Corte colombiana
Asunto	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.”
Fecha de emisión	22/07/2011
Sumilla	En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Guillermo Otálora Lozano, Andrea Liliana Parra Fonseca, Andrés Felipe Parra Serrano, Paula María

	<p>Vargas García, José David Riveros Námén, Juana Catalina Vásquez Piñeros, Julieta Lemaitre Ripoll y Andrés Mauricio Delgado Velandia, presentaron demanda de inconstitucionalidad parcial contra el artículo 1 del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política.”</p> <p>Los demandantes consideran que la expresión acusada del Acto Legislativo No. 2 es un ejercicio ilegítimo del poder del constituyente, por lo cual solicitan que sea declarada inexecutable.</p>
Fallo	<p>Declararse INHIBIDA para resolver sobre la demanda presentada en contra de las expresiones “El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica”, contenido en el Acto Legislativo 02 de 2009.</p>
URL	<p>http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-574-11.htm</p>

En la presente sentencia se discute la posibilidad del Gobierno de legislar restringiendo libertades de los individuos respecto a portar sustancias psicotrópicas o estupefacientes sin prescripción médica; en el cual la Corte Suprema de Derecho Constitucional se declara inhibida de tratar acerca de dichos derechos debido a que se encuentran incluidos dentro de las políticas

paternalistas de aceptación en el Estado Constitucional de Derecho, puesto que tratan de asuntos de interés nacional.

La redacción de la norma es la siguiente:

ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2009:

ARTÍCULO 1o. El artículo 49 de la Constitución Política quedará así:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas están prohibidos, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

En el caso concreto, se pone de manifiesto que la carga argumentativa de los actores al carecer de suficiencia y de no formular la proposición jurídica completa, no puede ser estudiada por la Corte porque no se estableció de una manera contundente de qué manera el principio axial de la autonomía de la persona humana, elemento consustancial de la dignidad humana, fue sustituido por otro.

La Corte constata que los demandantes se limitaron a hacer una lectura parcial, incompleta y aislada de la modificación consustancial, la que se refiere únicamente a la prohibición del porte y consumo de sustancias estupefacientes y sicotrópicas salvo prescripción médica, y no una lectura integral del precepto que la hiciera comprensible en todos sus aspectos, es decir, en lo que tiene que ver con que el legislador únicamente puede adoptar con fines preventivos y rehabilitadores medidas administrativas de índole profiláctico, pedagógico y terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias y que el

sometimiento a esas medidas y tratamientos requerirá el consentimiento informado del adicto.

En este caso la Corte no puede llegar en el control de la inconstitucionalidad por sustitución en las reformas constitucionales a construir oficiosamente los cargos de la demanda, cuando estos no cumplen con la carga argumentativa suficiente que demuestre que un principio axial se está sustituyendo por otro.

Como se estableció en la Sentencia C-682 de 2009, “...cuando los actores no satisfacen la carga mínima de argumentación la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales va a pronunciarse y menos aún inferir los cargos de inconstitucionalidad o directamente construirlos, so pretexto de la índole popular de la acción o del principio *pro actione*, dado que, si ese fuera el caso, desbordaría su competencia y sería juez y parte”.

Por esta razón en el caso concreto la Corte no puede emitir un pronunciamiento de fondo, ya que no se identifica de manera precisa la proposición jurídica completa para que se pueda determinar si con la modificación constitucional del Acto Legislativo No 2 de 2009, demandada parcialmente, se sustituyó una Constitución por otra integralmente diferente. Es decir, que en este caso los demandantes no especificaron con suficiencia el cargo de constitucionalidad, ni cumplieron con la carga de argumentación mayor que permita demostrar que la magnitud y la trascendencia de la reforma conducen a que la Constitución colombiana haya sido sustituida por otra.

En conclusión, la Corte estima que la demanda contra el artículo 1 (parcial) del Acto Legislativo No 2 de 2009 “por el cual se reforma el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, es sustancialmente inepta ya que no está suficientemente argumentada – requisito de la suficiencia – y no se formula la proposición jurídica completa, indispensables para que pudiera entrar a realizar un examen y proferir una decisión de fondo.

2.2. CASO “SENTENCIA DEL TABACO - COLOMBIA”

Tabla 28: Inconstitucionalidad ante Corte colombiana

Expediente	Sentencia C-639/10
Caso	Inconstitucionalidad ante Corte colombiana
Asunto	Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009 “Disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”
Fecha de emisión	17/08/2010
Sumilla	El parágrafo acusado dispone la prohibición de venta de cigarrillos por unidad después de dos (2) años contados a

partir de la entrada en vigencia de la ley 1335 de 2009.

Teniendo en cuenta la gran extensión de los argumentos presentados por la demandante para sustentar la inconstitucionalidad del anterior contenido normativo, por razones metodológicas y de claridad, primero se hará referencia a los dos cargos que se identifican en el escrito de la demanda, y luego se presentarán sistemáticamente las razones que sustentan los mencionados cargos.

Así, la actora considera en términos generales que la prohibición contenida en la norma acusada no es adecuada para lograr el fin propuesto en la misma ley 1335 de 2009, cual es la prevención y disminución del consumo de tabaco, especialmente en menores de edad. Dicha inadecuación genera la vulneración de la Constitución por dos razones principales, que dan lugar a su vez a la configuración de dos cargos de inconstitucionalidad. El primer cargo consiste en que la prohibición acusada (venta de cigarrillos por unidad) vulnera el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.N), por cuanto la medida afecta a personas no sólo menores sino adultas también en una actividad derivada de una decisión libre y autónoma; y, el segundo cargo describe la transgresión del principio de solidaridad (art. 13 C.N), en la medida en que afecta económicamente a una

población vulnerable, cual es la conformada por los vendedores ambulantes.

Sobre el cargo relativo a la violación del derecho de libre desarrollo de la personalidad, explica la demandante que la decisión de consumir tabaco es autónoma, y en esa medida resulta a todas luces errado pensar que se incide en dicha decisión al prohibir la compra de cigarrillos por unidades. Y en el caso de los menores de edad –continúa– la opción del consumo de tabaco pasa por el deber primario de la familia del menor, de manejar la situación mediante la educación y el buen ejemplo. Por lo que resulta entonces desproporcionado, tanto descargar a los responsables del cuidado de los menores (padres, tutores, entre otros) del deber de prevenir el consumo de tabaco por parte de éstos, como también la medida que prohíbe no sólo a ellos sino a los adultos también comprar cigarrillos por unidades.

En el primer caso -según su parecer- el legislador ha debido incluir obligaciones claras en relación con quienes tienen el deber de cuidado y educación de los menores. Esto, hasta el punto en que podría por ello presentarse una omisión legislativa. Y en el segundo caso, se vulnera el artículo 16 Superior en la medida en que “la decisión de fumar es personal y una manifestación de la personalidad,

producto del ritmo o estilo de vida y al restringir el acceso a estos productos se estaría vulnerando la decisión personal de los mayores de edad”. Por demás, no solo se vulnera la libre decisión de consumir, sino que además se genera el efecto contrario al que se busca, pues las personas al no poder comprar unidades de cigarrillo, tendrán que acceder al paquete de 20 unidades, lo que incrementa el consumo. Y esta consecuencia es independiente de si se trata de un mayor o un menor de edad.

Agrega que la inadecuación de la medida al fin buscado, tiene por causa también la ausencia de participación en la elaboración de la ley en general y en la consagración de las medidas adoptadas como la que ahora se acusa, tanto de los fumadores, menores de edad y padres de familia, como de los vendedores ambulantes. Con lo cual, también resulta incumplido el mandato constitucional del artículo 2° de la Carta, que obliga al Estado a facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan.

De igual manera, presenta razones relativas a que bajo ninguna circunstancia la medida atacada consigue realmente logro alguno en relación con la prevención del consumo de tabaco; luego, tampoco contribuye a la implementación satisfactoria de políticas de medio

ambiente sano y condiciones de salubridad favorables a propósito de las enfermedades cardio-respiratorias o el cáncer, y cualquier otra dolencia derivada del tabaquismo.

Como segundo cargo alega la demandante, que la medida acusada vulnera el principio de solidaridad del artículo 13 de la Constitución, y en consecuencia los principios de dignidad (arts. 1º y 2º C.N) y el derecho al trabajo, así como el ejercicio liberal del mismo (arts. 25 y 26 C.N), en la medida en que afecta económicamente de manera importante a los vendedores ambulantes, que son quienes ejercen la venta de cigarrillos por unidades. Al tenor de esto, concluye también que la medida es en alto grado desproporcionada, pues de un lado no sólo no atiende al fin de prevenir el consumo, sino que además sugiere el sacrificio de derechos constitucionales prevalentes como el mínimo vital de las personas que venden cigarrillos por unidades.

Afirma que, “la prohibición de la venta de cigarrillos al menudeo va en detrimento de la calidad de vida de las personas con menos recursos económicos pues ven en este producto una manera de ‘subsistir’ optando por la informalidad para llevar sustento para su familia y medianamente cubrir sus necesidades básicas”. Además, la perspectiva del legislador al establecer la prohibición en

	<p>mención, implicaría que la incorrección en la conducta del consumo de tabaco radica en quien vende y no en quien consume.</p> <p>Añade, que “con esta medida se estaría discriminando y limitando una de las fuentes de recursos que tiene uno de los grupos económicamente más vulnerables, como lo es la población de escasos recursos que por su condición social, cultural y económica recurren a la venta informal de productos entre ellos el cigarrillo por unidad, y con medidas como ésta el Estado dejaría de proteger a estas personas y entraría a perseguirlas por su actividad”.</p> <p>Con base en las razones expuestas la demandante solicita a la Corte la declaratoria de inexecutable del párrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009.</p>
Fallo	Declarar EXEQUIBLE, por los cargos estudiados en la presente sentencia, el párrafo del artículo 3° de la Ley 1335 de 2009.
URL	http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-639-10.htm

En el caso de la presente sentencia, se invocan, igual que en el caso peruano los derechos al libre desarrollo de la personalidad, así como al principio liberal

invocado desde el siglo XVIII referido a la solidaridad respecto de los vendedores ambulantes de cigarrillos que verían afectado su ámbito de comercialización de los mismos.

La diferencia sustancial radica en que la política criticada no anula el derecho a la libre determinación de la personalidad prohibiendo el consumo de cigarrillos en espacios públicos y en espacios privados dedicados a la educación, sino, simplemente se imponen barreras a la comercialización, justificados en políticas de bienestar general.

No es un secreto que el consumo del tabaco afecta no solamente a los consumidores directos, sino sobre todo a los consumidores pasivos, quienes resultan mayormente perjudicados con la aspiración del humo que emanan los cigarrillos de otros consumidores.

En ese sentido, el gobierno está perfectamente habilitado a imponer políticas paternalistas que limiten el consumo de tabaco a fin de evitar los efectos que éste causa en otros consumidores y, una de esas medidas sería las barreras para su comercialización; lo que no constituye una política paternalista, sino la legítima intervención gubernamental en casos en los que es eminente la vulneración de los derechos a la integridad física y a la vida de los pobladores.

Sin embargo la posición de la Corte Constitucional de Colombia es una posición mucho más liberal, por lo que privilegia el libre desarrollo de la personalidad, ante la duda de que el consumo del tabaco afecte realmente a

los fumadores pasivos, por lo que declara exequible el artículo 3° de la Ley 1335 de 2009.

2.3. CASO “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS - CHILE”

Tabla 29: CASO “PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS - CHILE”

Expediente	Rol 740-2008
Caso	Proceso de Inconstitucionalidad presentado con motivo de la distribución de la Píldora del día después.
Asunto	Sentencia sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud en la parte que autoriza la distribución de la “píldora del día después” en el sistema público de salud (Tribunal Constitucional).
Fecha de emisión	18/04/2008
Sumilla	Los actores exponen que “la aprobación de métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer importa en los hechos una restricción a un derecho fundamental garantizado en la Constitución de un modo no autorizado por la misma”. En el caso <i>sub lite</i> , afirman, se está frente a una norma de rango reglamentario que se ha emitido por la autoridad pública sin contar con norma legal habilitante para ello, y que, además, restringe

sustantivamente el derecho a la vida garantizado a todas las personas en el artículo 19, N° 1, de la Constitución Política, dentro de las cuales deben entenderse incluidas aquellas que están por nacer, mismas a quienes el constituyente, además, quiso amparar de un modo particular.

Agregan los Diputados que requieren que si bien, atendida la naturaleza esencial del derecho involucrado, resulta ilegítima la medida restrictiva del mismo al estar contenida en un acto administrativo, de conformidad con lo que establece el numeral 26 del precepto constitucional citado -según el cual el único llamado a limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta Fundamental es el legislador-, en este caso, inclusive, mediante la dictación del decreto supremo cuestionado la Administración ha hecho lo que ni siquiera por ley se podría hacer: ha vaciado de contenido al más fundamental de los derechos humanos -el derecho a la vida-.

Hacen notar, a mayor abundamiento, que existen otras normas dentro de nuestro ordenamiento jurídico que servirían para ratificar la pertinencia de los argumentos expuestos. A esos efectos, se citan los artículos 39 a 45 -referidos a los estados de excepción constitucional- y 61, inciso segundo, (actual artículo 64) de la Carta

	<p>Fundamental, y la Ley N° 18.826 que derogó la norma del Código Sanitario que autorizaba el llamado “aborto terapéutico”, estableciendo que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuya finalidad sea provocar el aborto”.</p>
<p>Fallo</p>	<p>Que se acoge el requerimiento únicamente en cuanto se declara que la Sección C., acápite 3.3, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”, así como la Sección D., “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, sólo en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, son inconstitucionales.</p> <p>Que, en consecuencia, se desestima el requerimiento, en cuanto impugnó la Sección C, acápite 4, “Anticoncepción No Hormonal”, punto 4.1.1. “Dispositivos Intrauterinos”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que integran el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.</p> <p>Que asimismo se rechaza el requerimiento, en cuanto impugnó la consejería a adolescentes en el marco de confidencialidad sin conocimiento ni consentimiento de los padres, contenida en la Sección D., bajo el título “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1,</p>

	<p>“anticoncepción en adolescentes”, de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, contenidas en el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, sin perjuicio de lo resuelto en el N° 1.</p> <p>Devuélvanse al 20° Juzgado Civil de Santiago los autos Rol 5.839-2002, caratulados “Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública”</p>
URL	http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=914

Haciendo la salvedad de que en nuestro país no es admisible un proceso de inconstitucionalidad contra un Decreto Supremo, debido a que éste no ostenta rango legal, se procederá a analizar la Sentencia, siempre teniendo en cuenta que lo que se busca establecer en los casos de sentencias de otros países es el estudio comparativo acerca de las consideraciones que tiene un Tribunal u otro respecto de temas similares.

Para el caso específico, se tiene que el Tribunal Constitucional peruano decretó que la píldora del día siguiente además de interrumpir la fecundación también debilitaba el endometrio, lo que importaba la duda razonable acerca de si finalmente es o no abortiva; ante esa duda, aplica la interpretación *pro homine* y *pro débiles* a fin de proteger la vida del concebido, habida cuenta que la concepción es entendida a partir de la fecundación.

En el caso de Chile se privilegia el derecho a la autodeterminación reproductiva, como parte de las libertades sexuales y, a su vez esta, como parte del libre desenvolvimiento de la personalidad; por lo que la duda opera a favor de las referidas libertades; lo que nos da una idea de la amplitud del contenido esencial de esas libertades en el referido país, a diferencia del contenido esencial del derecho a la vida del concebido que se restringe, por cuestiones culturales e incluso por asunciones científicas que no se tomaron en nuestro país, tanto históricamente como contemporáneamente.

El derecho a la vida es el principal entre los derechos fundamentales y, por ello ocupa el primer lugar de su enumeración en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona” (art.3).

Nótese que en esta norma jurídica internacional, vigente y ratificada por Chile y, por lo tanto, sujeta al inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, el titular es el individuo, no la persona, aun cuando esta segunda expresión se encuentra repetidamente usada en el mismo cuerpo jurídico en referencia a prácticamente todos los otros derechos que en él se declaran.

Asimismo véase que, aunque consagrados conjuntamente, la vida tiene preeminencia sobre la libertad y la seguridad en la redacción del precepto indicado, no sólo por la ubicación en la enumeración descrita, sino porque la doctrina establece dependencias entre tales derechos: “La vida es un supuesto

para que la libertad pueda vivirse. De suyo es (la vida) un estado de existencia libre”.

La relación entre la vida y la libertad, empero, ha sido no sólo objeto de las controversias relativas al aborto, sino que han dado sustento para explicaciones de alto nivel en la teoría jurídica, como lo destaca uno de los grandes exponentes contemporáneos en materia de derechos fundamentales: “La vida humana tiene en abstracto un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada puede determinarse a la vez según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto” (Alexy, Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, 2002, pág. 38).

El derecho a la vida es inherente a la dignidad humana. Así lo ha consagrado lo más reputado de la doctrina jurídica universal: “El concepto de humanidad ha trascendido al campo del Derecho en tres puntos del orden jurídico: 1) En lo tocante a los Derechos Humanos, como garantía de la libertad exterior indispensable para el cumplimiento del deber y, por ende, para la salvaguardia de la dignidad humana” (Radbruch, 1978, pág. 154).

Se trata de la dignidad humana, que abarca la dignidad de la persona consagrada en el artículo 1º de la Constitución chilena, pero que la excede en su significado jurídico, tanto positivo como natural. La dignidad, como lo sostuvo Kant “no tiene equivalente” y, por ello, es tan compleja de definirla como simple de entenderla.

La dignidad humana es propiedad de la civilización, no lo es de ninguna convicción religiosa, ni política ni cultural. Se trata de un rasgo esencial e indiscutible de un estadio de civilización al cual la humanidad ha llegado a aspirar.

La dimensión jurídica de la dignidad se encuentra en la consagración positiva de los derechos fundamentales y, entre ellos, del derecho a la vida que ocupa a esta Magistratura en la causa de autos.

De lo dicho se desprende la gravedad que encierra la vulneración de la dignidad humana inmersa en la vida, especialmente cuando ella es accionada por el Estado. Así lo precisa una magistrado constitucional contemporánea: “La existencia de una violación de la dignidad humana por actividades del Estado dirigidas contra una persona sólo puede tomarse en consideración cuando por la naturaleza de la medida tomada se pone en duda de manera fundamental la calidad de la persona afectada como sujeto, cuando se degrada al ser humano hasta convertirlo en objeto” (Haas, 2006, pág. 1010).

El reconocimiento jurídico del derecho a la vida en la Constitución de Chile respondió a la cultura jurídica y política imperante en la época de su redacción, expresada tanto en los acuerdos verificados en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, ya descritos en autos, como en el Grupo de Estudios Constitucionales, denominado también “Grupo de los 24”, en cuya síntesis de proposiciones publicada en enero de 1985 con el título de “La Constitución y

la democracia en las proposiciones del Grupo de los 24”, se lee: “Sin un adecuado sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, como lo son, entre otros: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, la libertad personal, el derecho a trasladarse de un lugar a otro, de entrar y salir del país sin mayores restricciones, etc., harían que el sistema democrático adoleciera de falta de una de sus condiciones básicas.”.

En consecuencia, admitiendo la ausencia de debate y de diálogo formalizado entre ambos centros de elaboración constituyente durante aquella fase histórica anterior a la plenitud constitucional, el derecho a la vida quedó consagrado en la Constitución en términos coincidentes entre aquellas posiciones, configurando lo que un autor denomina “ordenamiento constituido”, esto es, que “lo legitimado no es ajeno a la teoría legitimante y se verá impregnado de las características de ésta.” (Peña Freire, 1997, pág. 81).

2.4. CASO “DERECHO A LA VIDA VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO - ESPAÑA”

Tabla 30: CASO “DERECHO A LA VIDA VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO - ESPAÑA”

Expediente	STC 154/2002
Caso	DERECHO A LA VIDA VS. DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO - ESPAÑA
Asunto	Recurso de amparo núm. 3468/97, promovido por don Pedro Alegre Tomás y doña Lina Vallés Rausa, representados por la Procuradora doña Pilar Azorín-Albiñana López y asistidos por el Abogado don Julio Ricote Garrido, contra las Sentencias, ambas —primera y segunda— de igual fecha, 27 de junio de 1997, y con igual número, 950/1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 3248/96, que resolvieron recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 20 de noviembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Huesca, en la causa núm. 2/95, seguida por delito de homicidio, procedente del Juzgado de Instrucción de Fraga.
Fecha de emisión	18/07/2002
Sumilla	a) El Juzgado de Instrucción de Fraga tramitó sumario, por el procedimiento ordinario, con el número 2/95 por el fallecimiento del menor Marcos Alegre Vallés, en el que,

abierto el juicio oral, fueron acusados los ahora recurrentes en amparo. Vista la causa en juicio oral y público por la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó Sentencia con fecha 20 de noviembre de 1996, cuyo pronunciamiento es del tenor literal siguiente: "Que debemos absolver y absolvemos libremente a los acusados Pedro Alegre Tomás y Lina Vallés Rausa del delito que se les venía imputando, dejando sin efecto cuantas medidas, personales y reales, se han acordado en esta causa, y en sus piezas, contra sus personas y contra sus bienes, declarando de oficio el pago de las costas causadas". El delito de que se les acusaba, en concepto de autores, por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas era el de homicidio por omisión, previsto y penado en el art. 138, en relación con el art. 11, ambos del Código penal de 1995, por estimarse aplicable como norma más favorable. Se estimaban concurrentes la circunstancia atenuante de obrar por estímulos tan poderosos que producen obcecación, como muy cualificada, y la circunstancia agravante de parentesco, previstas respectivamente en los arts. 21.3 y 23 de dicho Código. Se pedía para cada uno de ellos la pena de cuatro años de prisión, accesorias y costas.

b) En la expresada Sentencia se declararon como probados los siguientes hechos: "Los acusados Pedro Alegre Tomás,

agricultor, y su esposa Lina Vallés Rausa, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, en el mes de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro venían residiendo en Ballobar (Huesca) junto con su hijo Marcos Alegre Vallés, quien entonces tenía trece años de edad. Pues bien, el menor Marcos tuvo una caída con su bicicleta el día tres de Septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia; tres días después, el día seis, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; y el jueves día ocho lo hizo más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca) donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Lérida, traslado que ambos acusados hicieron con su hijo ese mismo jueves, llegando a dicho centro alrededor de las nueve o las diez de la noche. Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes, detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor, los dos acusados, educadamente, que su religión no permitía la

aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, por lo que entonces solicitaron los acusados el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ella peligraba la vida del menor, el cual también profesaba activamente la misma religión que sus progenitores rechazando, por ello, consciente y seriamente, la realización de una transfusión en su persona. Así las cosas, el centro hospitalario, en lugar de acceder al alta voluntaria solicitada por los acusados, por considerar que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó a las cuatro horas y treinta minutos del día nueve autorización al Juzgado de guardia el cual, a las cinco de la madrugada del citado día nueve de Septiembre, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedía, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación del menor, neutralizando el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en

consecuencia el tratamiento precedente.- Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas; es más, los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron. Haciendo uso de la autorización judicial los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esa razón, los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron. Al ver que no podían convencer al menor, el personal sanitario pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, acompañados por otras personas de su misma religión, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios, no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida.-

Así las cosas, no logrando convencer al menor, el caso es que los médicos desearon la posibilidad de realizar la transfusión en contra de su voluntad, por estimarla contraproducente, por lo que, sin intervención alguna de los acusados, tras desechar los médicos la práctica de la transfusión mediante la utilización de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado, después de ‘consultarlo’ telefónicamente con el Juzgado de guardia, considerando que no tenían ningún otro tratamiento alternativo para aplicar, en la mañana del día nueve, viernes, aunque pensaban, repetimos, que no existía ningún tratamiento alternativo, accedieron los médicos que lo trataban a la concesión del alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo, permaneciendo no obstante el niño en el hospital Arnau de Lérida unas horas más pues los padres, los acusados, pedían la historia clínica para poder presentarla en un nuevo centro, no siéndoles entregada hasta alrededor de las catorce horas; procediendo los dos acusados, ayudados por personas de su misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico. No obstante, por causas que se

ignoran, probablemente por considerar el centro hospitalario que entregada la historia clínica la presencia del menor dentro del centro ya no tenía ningún objeto si no le podían aplicar la transfusión que el niño precisaba, por la tarde del día nueve de Septiembre, viernes, los acusados llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él una cita para el lunes día doce de Septiembre, siempre de mil novecientos noventa y cuatro, en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall D`Hebrón de Barcelona, al que, siendo aproximadamente las diez de la mañana, se trasladaron los acusados acompañando a su hijo. Una vez en dicho Hospital el niño fue reconocido en consulta siéndole diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplasia medular o a infiltración leucémica, considerando urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder, a continuación, a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido, redactado en una hoja con el membrete del Hospital Universitario

Materno-infantil del Vall D`Hebrón. Así las cosas, como quiera que en este centro nadie creyó procedente pedir una nueva autorización judicial para efectuar la transfusión, ni intentar nuevamente realizarla haciendo uso de la autorización judicial emitida por el Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión de los mismos médicos adoptada, en defensa de la vida, por encima de la determinación tomada, por motivos religiosos, por el paciente y sus padres pues el caso es que los acusados, los padres del menor, acompañados por personas de su misma religión, pensando que pecaban si pedían o aprobaban la transfusión, como quiera que deseaban la salvación de su hijo, al que querían con toda la intensidad que es usual en los progenitores, antes de llevar al menor a su domicilio se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habrían de ser directamente sufragados por los acusados, en el que nuevamente, con todo acierto, reiteraron los médicos la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas, por considerarla pecado, sin que nadie en este centro tomara nuevamente la determinación de realizar la transfusión contra la voluntad del menor y de sus padres, por su propia decisión o usando

la autorización del Juez de Lérida, que conocían en el centro, o solicitando una nueva autorización al Juzgado que correspondiera de la ciudad de Barcelona, por lo que los acusados, no conociendo ya otro centro al que acudir, emprendieron con su hijo el camino de regreso a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes día trece de Septiembre donde permanecieron durante todo ese día, sin más asistencia que las visitas del médico titular de Ballobar quien, por su parte, consideró que nada nuevo podía aportar que no estuviera ya en los informes hospitalarios, no estimando pertinente ordenar el ingreso hospitalario pues el menor, quien permanecía consciente, ya provenía de un ingreso de esa naturaleza, según pensó el médico titular de la localidad, por lo que así permaneció el niño hasta que el miércoles día catorce de Septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), en cuyo partido se encuentra Ballobar (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esta última localidad informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día catorce (en el que se constataba que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, que requería con urgencia hemoderivados), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de ese mismo día catorce,

autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba, en los términos que el facultativo y el forense del Juzgado consideraran pertinente, es decir, para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste estaba ya con un gran deterioro psicofísico (respondiendo de forma vaga e incordinada a estímulos externos), procediendo los acusados, una vez más, después de declarar sus convicciones religiosas, a acatar la voluntad del Juzgado, siendo el propio padre del menor quien, tras manifestar su deseo de no luchar contra la Ley, lo bajó a la ambulancia, en la que el niño, acompañado por la fuerza pública, fue conducido al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los acusados quienes, como siempre, no intentaron en ningún momento impedirla una vez había sido ordenada por una voluntad ajena a ellos, siendo luego el niño trasladado, por orden médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, al que llegó hacia las veintitrés horas y treinta minutos del día catorce de Septiembre, con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día quince de Septiembre de mil

novecientos noventa y cuatro.- Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, a largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío".

c) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 20 de noviembre de 1996, fundamentado en un único motivo, al amparo del art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, invocando la infracción, por falta de aplicación, de los arts. 138 y 11 del

	<p>Código penal de 1995. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 27 de junio de 1997, estimó el recurso, casando y anulando la Sentencia impugnada. A continuación, mediante una segunda Sentencia de igual fecha, que expresamente aceptó los fundamentos fácticos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, entre ellos la relación de hechos probados, pronunció el siguiente fallo: "Que debemos condenar y condenamos a los acusados Pedro Alegre Tomás y Lina Vallés Rausa, como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y al pago de las costas correspondientes".</p>
Fallo	<p>Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:</p> <p>Reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE).</p> <p>Restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas —primera y segunda— de fecha 27 de junio de 1997, con el número 950/1997, dictadas en el recurso de casación núm. 3248/96.</p>

URL	http://mbarral.webs.ull.es/stc154-2002.html
-----	---

A diferencia de la posición peruana, en la presente sentencia, se privilegia el derecho a la libertad de conciencia y religión por encima del derecho a la vida del menor que ha fallecido a causa del impedimento que impusieron los padres para llevar a cabo la transfusión de sangre.

En ese sentido, lo que busca el Tribunal es impedir que un hecho que en sí mismo importa dolor para los padres, termine empeorando la situación. Independientemente de las consideraciones de contenido esencial de derechos fundamentales que puede involucrar el caso específico.

CUARTA PARTE
DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CAPÍTULO I

DISCUSIÓN

Por cuestiones de orden, la discusión del presente trabajo de tesis será ordenada de conformidad con la estructura otorgada a la hipótesis en el proyecto de investigación; así tenemos de la hipótesis contemplaba lo siguiente:

Los criterios a ser delimitados deben estar fundamentados en la no vulneración del núcleo duro de los derechos fundamentales y que favorezca el bien común de manera que permitan la utilización racional del paternalismo jurídico como fundamento de las sentencias de los magistrados del Tribunal Constitucional. Estos son:

C1: Revisión del artículo 2° de la Constitución Política del Perú en cada uno de los casos que se presenten a fin de cuidar que su intangibilidad no se vea afectada por la medida.

C2: Elaboración de un baremo para cada caso en el que se contrapese el grado de vulneración del derecho fundamental con el beneficio a obtener con la aplicación de la medida, de forma que el primero sea mínimo en comparación con el segundo.

C3: Prevalencia de la intangibilidad del derecho afectado si es que la afectación es máxima y el beneficio mínimo.

C4: No utilización de la interpretación constitucional extensiva para fundamentar la aplicación de una política paternalista o del paternalismo jurídico.

C5: Uso de la argumentación jurídica para favorecer la no utilización del paternalismo, lo que conlleva a su utilización en casos excepcionales.

C6: Procurar que la utilización del paternalismo jurídico sea racional y racionalizada.

Según ello, tenemos lo siguiente:

1.1. La aseveración de que los criterios delimitados deben estar fundamentados en la no vulneración del núcleo duro de los derechos fundamentales

Respecto a la primera afirmación de que los criterios a delimitar que deben ser tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional para decidir acerca de la calificación de paternalistas o no de las políticas insertas en las medidas legislativas o administrativas impugnadas ante su judicatura, tenemos lo siguiente:

- a) Como presupuesto fáctico, comprobado en la parte empírica de la presente tesis, el tribunal Constitucional a lo largo de su actuación en este tipo de

casos en los que se ha demandado la inconstitucionalidad de actos legislativos o administrativos que afectan las libertades personales y los principios reconocidos por el estado Constitucional de derecho, ha resuelto de una forma muy variopinta, es decir que ha tomado diversas posiciones en situaciones muchas veces parecidas, lo cual podría justificarse con la adopción de la teoría de la ductilidad del derecho, pero que, no admite dicha posición si es que de la lectura de las mismas se denota argumentaciones tendenciosas.

Por lo que, en el caso de las Ley de Reforma Magisterial y la Ley del Servicio Civil anteriormente comentados, se observa claramente la tendencia a favorecer la medidas administrativas en ellas contenidas, independientemente de la consideración de la vulneración de los derechos fundamentales en juego y de la adecuación y necesidad de las medidas aplicadas.

Asimismo, existen casos en los que se ha desarrollado el contenido esencial de los derechos fundamentales confrontados y otros en los que no se ha llevado a cabo tal tarea, lo mismo en cuanto a la aplicación del test de ponderación en donde se calcularía los pesos abstractos y concretos a otorgarle a los derechos, así como la adecuación y la necesidad de la medida; enfrascándose, en lugar de ello en una discusión de pertinencia o no de derechos que ya no debía ser analizada si no se pasaba el primer filtro.

b) Por otro lado, una vez tenido en cuenta este presupuesto fáctico, del estudio de la doctrina y de las propias sentencias analizadas anteriormente, se tiene que este primer criterio establecido a priori en el proyecto de investigación no ha sido comprobado por el resultado obtenido después de su ejecución, pues ocurre que, tal y como puede ser corroborado en el capítulo tercero de la segunda parte de la tesis, concretamente, en el punto 3.1., el concepto núcleo duro es utilizado en el ámbito internacional para la denominación de los derechos fundamentales que son inquebrantables, respetados independientemente de la sociedad o el país al que se le obliga su respeto.

Por otro lado, se ha propuesto una nueva perspectiva de los que implica el contenido de los derechos humanos a partir del ámbito de protección que éstos requieren de la comunidad internacional, negando la posibilidad de reconocerle a uno mayor prevalencia que otros; a partir de esta propuesta, podemos inferir también que dicho núcleo duro está determinado por convenciones internacionales acerca de los alcances que obligatoriamente debe tener cada derecho humano para los países que integran la comunidad internacional.

Alcances o contenido que, dadas las características del derecho internacional, únicamente serán vinculantes para los países que ratifiquen los tratados que los determinan. En ese sentido, en el caso del Perú, en cuanto al núcleo duro del derecho fundamental a la negociación colectiva, a pesar de que internacionalmente se le reconoce el contenido otorgado por el Convenio N° 151 de la OIT y el Convenio N° 154 de la OIT, sólo es

vinculante el primero de ellos dado que es el único que ha sido ratificado por nuestro país.

Por lo tanto, lo que realmente importa como presupuesto para adoptar o no una política paternalista en un país determinado, como es el caso del Perú, no es el Núcleo Duro de los Derechos Humanos, sino el Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales reconocidos y admitidos por nuestro ordenamiento jurídico nacional, el mismo que, según lo hemos especificado en el punto 3.2, del capítulo III, de la parte II de la presente tesis, está determinado tanto por la regulación constitucional formal, como por los preceptos de la Constitución Material determinados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los tratados Internacionales ratificados por nuestro país, así como las vivencia materiales que impone cada cultura cuyos derechos se busca proteger.

- c) A partir de estas consideraciones, debe señalarse también que un segundo criterio a tener en cuenta y que es una conjugación obligada del primero, es el respeto por la pluriculturalidad, dado que el contenido esencial de los derechos fundamentales varía según la sociedad y cultura que los invoca y, según la sociedad o cultura que se busca proteger, tal es el caso de las comunidades indígenas y nativas que tenemos en el país, las mismas que guardan otros principios superiores que muchas veces son distintos y hasta contradictorios a los que respetan otras culturas de nuestro país, por lo que es imprescindible que al momento de interpretar cualquier principio constitucional, para determinar si la medida administrativa o legislativa del

gobierno es adecuada, ha de tenerse en cuenta el contenido esencial protegido del derecho fundamental en su vertiente material, de conformidad con la cultura en la que se invoca.

Por lo tanto, con las precisiones teóricas y conceptuales realizadas, esta primera sección de nuestra hipótesis ha sido comprobada parcialmente, por cuanto no se tiene al núcleo duro de los derechos humanos como único informante para delimitar la aplicación de medidas administrativas o legislativas de tipo paternalista, sino que además deben observarse el contenido esencial del derecho fundamental en la sociedad que lo acoge y el respeto del pluri-culturalismo imperante a nivel mundial y a nivel local.

1.2. La obligación de revisión del artículo 2° de la Constitución Política del Perú en cada uno de los casos que se presenten a fin de cuidar que su intangibilidad no se vea afectada por la medida

En cuanto al primer criterio establecido de *a priori* en la sistematización de la hipótesis, se tiene que se habría comprobado parcialmente debido a las siguientes consideraciones:

- a) La implementación de medidas paternalistas no involucra únicamente el respeto o irrespeto de los derechos contenidos en el artículo 2° de la Constitución, referido a los Derechos Civiles y Políticos, sino también al resto de la parte dogmática de la misma que contiene además los Derechos

Económico, Sociales y Culturales y a los Derechos Difusos, además de los derechos constitucionales contenidos en la parte orgánica de la misma.

- b) La intangibilidad a la que hace referencia este derecho está determinada por el propio contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo que lo pertinente es utilizar dicho término antes que el término intangibilidad. En ese sentido, únicamente pueden ser admitidas en un estado Constitucional de Derecho, las medidas administrativas o legislativas que no vulneren el referido contenido esencial de los derechos fundamentales, en caso contrario, estaríamos retrocediendo hacia el Estado de Bienestar distribuido entre los siglos XVII y XX; el mismo que desconoce las libertades fundamentales de las personas y presume su incapacidad para ocuparse de sus asuntos personales.

1.3. La elaboración de un baremo para cada caso en el que se contrapese el grado de vulneración del derecho fundamental con el beneficio a obtener con la aplicación de la medida, de forma que el primero sea mínimo en comparación con el segundo

De igual forma en el desarrollo de la tesis se ha llegado a la determinación de que en materia constitucional resulta sumamente ineficiente e ineficaz establecer baremos debido a que es el constituyente el que informa a la constitución material, lo que involucra que el establecimiento de un baremo con parámetros estáticos resultaría desfasado en un plazo corto.

En ese tenor, este criterio establecido como hipótesis no se habría comprobado, siendo que sobre el particular se ha obtenido lo siguiente:

- a) El baremo los constituyen realmente los filtros por lo que debe pasar cada política paternalista, así como la decisión del Tribunal Constitucional acerca de su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

- b) Dichos filtros son: En primer lugar, la consideración de la no vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales; en segundo lugar, la utilización de dicho contenido para establecer los pesos abstracto y concreto del test de ponderación, la superación de manera previa de los test de adecuación y necesidad y, finalmente, la utilización de los principios de interpretación constitucional para todos los casos presentados ante el Tribunal, estos principios son: El de Unidad Constitucional, Concordancia Práctica, Corrección Funcional, Función Integradora y Fuerza Normativa.

1.4. La no utilización de la interpretación constitucional extensiva para fundamentar la aplicación de una política paternalista o del paternalismo jurídico

Esta hipótesis es comprobada debido a que el único método de interpretación constitucional admisible en materia de derechos fundamentales es la interpretación dogmática, que niega a la interpretación literal e incluye a otros tales como la interpretación histórica y teleológica.

Sin dejar de lado los principios anteriormente señalados, como son los principios de. El de Unidad Constitucional, Concordancia Práctica, Corrección Funcional, Función Integradora y Fuerza Normativa.

1.5. El uso de la argumentación jurídica para favorecer la no utilización del paternalismo, lo que conlleva a su utilización en casos excepcionales

Esta hipótesis ha sido comprobada en su totalidad debido a que es innegable que parte de la labor de los magistrados es la utilización de la argumentación jurídica para la elaboración de sus fundamentos; sin embargo, hemos de ser redundantes al acotar que dicha argumentación deberá tener como presupuestos los que hemos señalado en el acápite anterior.

La consideración del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, de los sub test de adecuación y necesidad, y la utilización de los principios de interpretación constitucional, desembocará en el hecho de que dicha argumentación únicamente deberá ser utilizada en excepciones determinadas, cuando se encuentre en juego el interés público.

1.6. Procurar que la utilización del paternalismo jurídico sea racional y racionalizada

Como ha sido mencionado en el primer acápite de este capítulo, el test de ponderación elaborado por Robert Alexy, resulta sumamente relevante como presupuesto para determinar la aplicación de políticas paternalistas, puesto que se debe tener en cuenta que en una estado Constitucional de Derecho no es posible anular un derecho fundamental en un caso concreto, sino simplemente in aplicarlo mediante el uso de la ponderación.

En las sentencias revisadas, existe una alta cantidad (Sentencia del tabaco, Sentencia del caso FONAVI, sentencia de la Píldora del día siguiente, sentencia del SOAT, sentencia del Sistema Privado de pensiones), en las que a pesar de señalar los sub principios de idoneidad, necesidad y adecuación, no se realiza una aplicación adecuada de los mismos, lo cual es sumamente preocupante tratándose de un órgano que guarda el monopolio del control de la constitucionalidad.

CAPÍTULO II

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

2.1. CONCLUSIONES

C1: Se ha comprobado parcialmente la hipótesis, sin embargo se han cumplido los objetivos trazados debido a que se han obtenido los criterios para la utilización racional del paternalismo jurídico como fundamento de las sentencias del Tribunal Constitucional.

C2: Cada política paternalista, debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- 1) Que la aplicación de dicha política no vulnere el contenido esencial de los derechos fundamentales;
- 2) Que la aplicación de dicha política tenga en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad;
- 3) Que la aplicación de dicha política responda de manera previa a los test de adecuación y necesidad;
- 4) Que la aplicación de dicha política tenga

en cuenta el contenido esencial de los derechos fundamentales para establecer los pesos abstracto y concreto del test de ponderación, y, finalmente, 5) Que la aplicación de dicha política tenga en cuenta los principios de interpretación constitucional.

C3: El único método de interpretación constitucional admisible en materia de derechos fundamentales es la interpretación dogmática por su carácter de dogmas jurídicos, no así la interpretación hermenéutica que debe ser utilizada para normas con rango y fuerza legal.

C4: Las Sentencias analizadas del Tribunal Constitucional, correspondientes al ámbito nacional, presentan serias contradicciones e inconsistencias entre sí, principalmente cuando se trata de la utilización del test de proporcionalidad.

C5: Las Sentencias analizadas del Tribunal Constitucional, pueden ser calificadas de tendenciosas debido a que resuelven utilizando uno u otro principio, o de una manera conveniente fijando un contenido de los derechos fundamentales, según la resolución que quieran otorgarle al caso.

C6: La implementación de medidas paternalistas no involucra únicamente el respeto o irrespeto de los derechos contenidos en el artículo 2º de la Constitución, referido a los Derechos Civiles y Políticos, sino también al resto de la parte dogmática de la misma que contiene además los

Derechos Económico, Sociales y Culturales y a los Derechos Difusos, además de los derechos constitucionales contenidos en la parte orgánica de la misma.

C7: Únicamente pueden ser admitidas en un Estado Constitucional de Derecho, las medidas administrativas o legislativas que no vulneren el referido contenido esencial de los derechos fundamentales.

C8: En materia constitucional resulta sumamente ineficiente e ineficaz establecer baremos debido a que sus parámetros estáticos resultarían desfasados en un plazo corto.

2.2. RECOMENDACIONES

R1: El supremo intérprete de la Constitución debe determinar de manera previa y abstracta el contenido esencial de los derechos fundamentales para luego desarrollar el fondo del caso.

R2: A fin de que las Sentencias del Tribunal Constitucional no parezcan tendenciosas, debe uniformizarse la utilización de los principios de interpretación constitucional, la consideración de la no vulneración del contenido esencial de los Derechos Fundamentales; la utilización de dicho contenido para establecer los pesos abstracto y concreto del test de ponderación y, la superación de manera previa de los test de adecuación y necesidad.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, N° 66, 30-42.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (Segunda ed.). Madrid: Gedisa.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cárdenas Gracia, J. (2012). *La Argumentación como Derecho*. México: UNAM.
- Caso Corporación Rey S.A, 01405-2010-PA/TC (Tribunal Constitucional 06 de Diciembre de 2010).
- Castillo Córdova, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del Contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales. *Actualidad Jurídica*, 77-92.
- Congreso-de-la-República. (2 de Diciembre de 2013). Ley 30114. *Ley de Presupuesto para el Sector Público 2014*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- De Trazegnies Granda, F. (1995). La Muerte del Legislador. *La Muerte del Legislador*, (págs. 849-875). Lima.

De.Perú.com. (10 de Febrero de 2015). Fondo Nacional de Vivienda - FONAVI.

DePerú.com, págs. 11-12.

Diertelen, P. (1988). El paternalismo y estado de bienestar. *Doxa N° 05*, 175-194.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías - La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Garzón Valdez, E. (1988). ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?

Doxa 5, 155-173.

Geraldes Da Cunha Lopes, T. M. (2012). *El Estado de Bienestar*. Barcelona:

Chiado.

Gil Rendón, R. (2012). *El Estado Constitucional de derecho y los Derechos*

Humanos. México: UNAM.

Gonzales Casanova, J. (1984). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*.

Barcelona: Vicens-vives.

Guastini, R. (1999). *Sobre el concepto de Constitución*. Madrid: Gedisa.

Haas, E. (2006). *Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán*.

Montevideo: KAS.

Häberle, P. (1997). *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima:

PUCP.

Hernández Sampieri, R. (2006). *Metodología de la Investigación*. México: Mc

Graw Hill.

Hobbes, T. (2010). *El Leviathan*. Barcelona: Trotta.

Landa Arroyo, C. R. (2010). *Los derechos fundamentales*. Lima: Palestra.

- Locke, J. (2010). *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*. Lima: INEP AC.
- Maquiavelo, N. (2004). *El príncipe*. Barcelona: S.L.U. Espasa.
- Montesquieu, B. (1906). *El Espíritu de la Leyes*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Montesquieu, L. (1980). *Esperitu de la Leyes* . Barcelona: Tecnos.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. Mexico: UNAM.
- OIT. (25 de Febrero de 1981). Convenio 151 - OIT. *Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública*. Ginebra, Romandía, Suiza.
- OIT. (03 de Junio de 1981). Convenio 154 OIT. *Convenio sobre la negociación colectiva, 1981*. Ginebra, Romandía, Suiza.
- Peña Freire, A. (1997). *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta.
- Prieto, S. L. (2003). *Justicia Constitucional y derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Radbruch, G. (1978). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: FCE.
- Ramiro Avilés, M. A. (2006). avueltas con el paternalismo jurídico. *Derechos y Libertades*, 211 a la 256.
- Rousseau, J. J. (2004). *contrato social*. Barcelona.
- Sagües, N. P. (2001). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires: Astrea.

Sánchez Gil, R. (2007). *El Principio de Proporcionalidad* (Primera ed.). Mexico: UNAM.

Sentencia TC, EXP. N° 1091-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional peruano 12 de Agosto de 2002).

Stuart Mill, J. (1970). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza.

Svensson-Mccarthy, A.-L. (1998). *The international law of human rights and states of exception*. Londres: Martin us Nijhoff Publishers.

Vallet de Goytisolo. (2003). *La Ciencia y el Derecho en la Concepcion de INMANUEL kANT*. Madrid : Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación .

Zagrebelski, G. (2011). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

Zelada, C. J. (2004). Algunas Consideraciones a Propósito del Concepto del Nucleo de los Derechos Humanos. *Themis*, 249-270.