2.4. La fundamentación iusfilosófica de los derechos fundamentales

Con criterio compartido en la doctrina constitucional, se acredita la existencia de tres grandes fuentes de fundamentación: la historicista, la iusracionalista y la positivista.

Al respecto, veamos lo siguiente:

2.4.1. La fundamentación historicista

Esta rehúye de las especulaciones abstractas y se ampara en las reflexiones retrospectivas que adquieren un sentido específico en un espacio-tiempo determinado. Así, los derechos de la persona no se sustentan en el mundo de las teorías, sino en la expresión de los hechos sociales; por ende, necesitan de la aquiescencia de los hombres a cuya vida afecta. Edmund Burke [27] plantea la idea de ciertas libertades regularmente perpetuadas como derecho hereditario.

En la fundamentación historicista existe el reconocimiento de una pluralidad de prerrogativas cuyo título es el conjunto de personas integradas a un status determinado. En ese sentido, Juan Ramón Peirano Argüelles y Francisco Javier Ansuategui Roig señalan que “las libertades y franquicias […] tienen como destinatarios al individuo en cuanto miembro de un grupo social concreto: sus derechos no lo son a título individual, sino en calidad de noble, clérigo, mercader, etc.; o de natural de tal territorio, villa o ciudad. De manera que el instrumento jurídico […] no es la ley general, sino la costumbre o la norma particularizada: el ‘pacto’, el ‘fuero’, el ‘compromiso’, etc. […]. Se distinguen por el reconocimiento de situaciones concretas y particularizadas, de poderes fácticos o de normas del ‘buen derecho antiguo’, tradicional y consuetudinario, a los que se le debe una expresión formalizada y solemne” [28].

Francisco J. Laporta señala que “el individuo obtiene su identidad, precisamente de su pertenencia a la serie ininterrumpida de generaciones anteriores a él […]. Aquello no proviene de los dictados de la razón sino de la tradición, la inserción de la convivencia y las relaciones de poder en el curso de la historia, de los que obtienen su cabal legitimación. Y en cuanto al derecho es también un producto histórico de la vida humana colectiva” [29].

En esa perspectiva el reconocimiento de los derechos in genere aparecen como aquellos “espacios” en donde se

Phoca PDF

van protegiendo ciertos status frente al poder estadual como consecuencia de procesos de transacción y consentimiento.

En efecto, entre el siglo XI y el segundo tercio del siglo XVIII los derechos tendrán una connotación estamental; es decir, emergerán como concesiones o privilegios concedidos por el poder regio a determinados grupos sociales. Ergo, carecerán de generalidad.

Los documentos medievales en donde fueron consignados se manifiestan como actas de compromiso para la proscripción del abuso del poder sobre determinados grupos, ciudades, etc.

Francisco J. Bastida Freijedo señala que la fuente historicista se caracteriza en el campo constitucional por buscar una reforma de las instituciones del Antiguo Régimen, sin que ello implique una ruptura radical de aquel [30]. En efecto, la reivindicación de las libertades y franquicias se encuentra enraizada en la tradición y cultura de cada pueblo. Así, al darles un "nuevo sentido" se hace posible encontrar una línea de permanencia y continuidad. La referida fundamentación tiene singular valor para sostener los derechos de la persona en el ámbito de influencia británica. En ese contexto, Francisco J. Bastida Freijedo [31] expone que "el movimiento historicista […] combina pretensiones y elementos propios del nuevo pensamiento liberal ilustrado emergente con el respeto a los elementos de los ordenamientos jurídicos pre-estatales".

Se impone la idea de que la sociedad y el Estado debían reformarse bajo las matrices burguesas del individualismo y el progreso, respetando aspectos nucleares cimentados históricamente, tales como las distinciones de clase y la antigüedad como criterio de validez jurídica. Por ende, el origen de los derechos de la persona se encuentra en la costumbre asumida por cada comunidad política en particular y en las leyes fundamentales pactadas por el Rey y los plurales representantes de los segmentos sociales. Al respecto, son citables entre otros documentos, la Carta Leonesa (1188), la Carta Magna (1215), la Petición de Derechos (1628) y la Declaración de Derechos (1689). En el caso de la Carta Leonesa se pacta por primera vez en la historia en torno al reconocimiento de un derecho fundamental. En efecto, el rey de León, Alfonso IX refrendará el documento concordado en las Cortes para proteger y garantizar la inviolabilidad domiciliaria.

En el caso de la Carta Magna se pacta reconociéndose prerrogativas estamentales referidas a la herencia, la libertad personal, etc. Además, en el caso de la Petición de Derechos se pacta reconociéndose de que nadie puede ser procesado ni condenado por acto de omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, el derecho de propiedad, etc. Asimismo, en el caso de la Declaración de Derechos se pacta reconociéndose el derecho de petición, la libertad de opinión y de expresión, etc.

2.4.2. La fundamentación iusracionalista

Esta se sustenta en el derecho natural; es decir, hace referencia a un conjunto de facultades o atribuciones extraídas de una normatividad supra-positiva reconducible a la esencia misma de la naturaleza humana. Su existencia previa a la Constitución del Estado implica que le sirve a este de pilar para justificar la finalidad de creación y marco de actuación. Este derecho natural es universal, o sea es válido para la especie humana en todos los lugares y en todos los tiempos, ya que comprende un conjunto de preceptos que no se basan en circunstancias accidentales sino en la naturaleza del hombre. Este se presenta como ineludible imperativo de la razón, que percibe la relación ontológica entre el ser y su finalidad, entre el hombre y la idea de la plasmación del bien. Cabe agregar que este derecho surge de la naturaleza del hombre para su autorrealización. En el derecho natural aparecen todo el conjunto de facultades o atribuciones inherentes a la persona; la cual puede llegar a conocerlas a través del ejercicio de la razón. Ergo, aquel que se devela por obra de la inferencia argumentada.

En ese sentido, la razón es aquella facultad que proporciona los principios del conocimiento a priori. Emmanuel Kant en su obra Crítica de la razón pura (1787) sustenta el derecho natural sobre el principio de describir el razonamiento generador de juicios que van de la causa al efecto, en expresiones que implican acuerdo con la probabilidad general; y que es una exigencia absoluta de la razón práctica sustentadora de imperativos o mandatos de conducta, o sea aquella que precede a la acción. Así, expone que independientemente de un acto

Phoca PDF

jurídico, estos son transmitidos a cada individuo por la naturaleza.

La fundamentación iusracionalista plantea que el derecho positivo (estatal) debe adecuar sus contenidos a los del derecho natural. En caso este requisito no se cumpliese, entonces estaríamos ante imposiciones arbitrarias. Desde una perspectiva histórica se aprecia que, a través de la institucionalización del Estado Liberal de Derecho, el cuerpo político se convierte en el protector de los derechos naturales; los cuales de absolutos en el estado de naturaleza (situación anterior al pacto social) devienen en tutelables y regulables a través de la ley.

2.4.3. La fundamentación positivista

Esta se sustenta en que los derechos de la persona surgen de la voluntad proteccionista del Estado. Así, no existen facultades o atribuciones previas a la decisión del cuerpo político. Se formulan como exigencias éticas, políticas y sociales transformarlas en disposiciones legales su existencia, validez y son expresiones de una voluntad legislativa.

Dicha fundamentación plantea que solo existe el derecho estatal; por tanto, rechaza la idea del derecho natural y se desatiende de cualquier “subordinación” o “encadenamiento” que pudiese provenir de la historia. La voluntad del Estado se convierte en el único criterio de validez de los derechos de la persona. Por ende, a través de la Constitución se expresa esa decisión política; la cual se sustenta en la aprobación representativa del pueblo.

En suma, no se trata de derechos preexistentes al Estado, sino manifestaciones nacidas del derecho creadas por este. Por ende, la fundamentación positivista señala que la persona solo dispone de aquellos derechos que le concede el cuerpo político.

2.5. La bidimensionalidad de los derechos fundamentales

Los derechos pueden ser observados desde una doble dimensión: subjetiva y objetiva. Por un lado, la dimensión subjetiva es aquella que hace referencia a las facultades de acción que estos reconocen a la persona titular de los mismos en el ámbito de la vida existencial y coexistencial. Por consiguiente, permiten exigir al titular de un derecho fundamental el cumplimiento cabal, exacto y preciso de lo dispuesto normativamente. Además, protegen de las intervenciones injustificadas y arbitrarias. Ello implica el atributo de exigir una acción tuitiva hacia dichos derechos; lo que puede verificarse ya sea mediante la ejecución de una determinada conducta, o el otorgamiento de una concreta prestación. Es decir, expone el derecho de hacer efectivo el goce efectivo de lo determinado a favor de la persona.

Por otro lado, la dimensión objetiva es aquella que hace referencia a que la normatividad tuitiva contenida en dichos derechos se irradia o expande a todos los ámbitos de la vida estatal y social. Asimismo, aparecen como valores esenciales en una comunidad política, particular y concreta; para lo cual asumen una dimensión político-institucional destinada a plasmar una vida coexistencial digna para todos los integrantes de la misma. En consuno, ambas dimensiones convergen en ser elementos constitutivos del ordenamiento jurídico, ya que comportan valores materiales o institucionales sobre los cuales se estructura la coexistencia. Ello en razón a que devienen en nociones indispensables para la estructuración del orden jurídico y la paz social.

Lo expuesto, exige que el Estado realice una actuación determinada a través de políticas legislativas, jurisdiccionales o administrativas que permitan la optimización de atribuciones comprendidas en el conjunto de preceptos de carácter general; y, que, por ende, se manifiesten significativamente en el plano de la realidad. Esta actuación también involucra residualmente a los particulares. Los efectos expansivos se expresan concretamente en lo siguiente:

a) Exigen una actuación propositiva hacia la conformación material de determinadas prescripciones jurídicas (vía la dación de normas, sean de naturaleza pública o privada).

Phoca PDF

b) Exigen la actuación propositiva hacia la conformación de políticas económico-sociales-culturales.

c) Exigen la actuación propositiva hacia la conformación de políticas jurisdiccionales.

d) Exigen la actuación propositiva de facilitar la acción ciudadana tendente a permitir la reclamación de su realización.

2.6. El contenido esencial de los derechos fundamentales

Todo derecho fundamental tiene un contenido jurídicamente determinado, el cual es inmodificable, en caso sea necesario llevar a cabo una regulación infra-constitucional, para posibilitar su goce y ejercicio de un derecho fundamental. Ello implica que el legislador ordinario no puede en modo alguno, afectar su sustancia temática en caso se hiciese necesario reglamentar su ejercicio.

Claudia Villaseñor Goyzueta señala que es aquel que comprende la “sustancia” del derecho; sin la cual este deja de ser tal [32]. Esta nota sustancial de la norma hace que esta tenga en relación a las restantes una peculiaridad privativa y específica. En ese orden de ideas, el contenido esencial se convierte en la parte indispensable e indisponible que permite al titular del derecho a gozar de los atributos, facultades o beneficios que esta declara. Su afectación –a través de la actividad legislativa de desarrollo o reglamentación– conlleva a la transformación del derecho contenido en un precepto en otra categoría jurídica distinta; amén de generar la imposibilidad o dificultad extrema para hacer efectivo el goce de un derecho.

Claudia Villaseñor Goyzueta plantea que el establecimiento del contenido esencial de un derecho debe ser observado en un doble plano, a saber [33]. Por un lado, el Plano negativo que Señala un límite a la regulación legislativa de los derechos fundamentales. Por otro lado, el Plano positivo que Señala el valor asignado al contenido de los derechos fundamentales, por ende, este deviene en imprescindible e insustituible. En efecto, en todo derecho fundamental existen dos zonas: una medular que constituye su contenido esencial –y en cuyo ámbito toda intervención del legislador se encuentra vedada– y una adjetiva o no esencial en la cual es admisible la actuación regulatoria del legislador. Cabe señalar que esto último opera a condición de que se lleve a cabo conforme a los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. La garantía del contenido esencial es un criterio de limitación a la potestad legislativa del Estado. Deviene en una “frontera minada” que no se puede evadir sin que el legislador reglamentario del derecho incurra en un acto inconstitucional.

En el caso del Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530 el Tribunal Constitucional (Expediente N° 00050-2004-AI/TC) ha establecido que para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta tanto las disposiciones constitucionales expresas, como los principios y valores constitucionales. Esta teoría identifica dichos derechos como facultades subjetivas y como instituciones jurídicas objetivas. Por ende, el contenido esencial se deduce del cuadro general de la Constitución compuesto por la suma de valores, bienes e intereses en ella consignados; los cuales deben ser objeto de ponderación para fijar dicho núcleo mínimo e ineludible.

En consecuencia, la determinación del contenido esencial debe realizarse conforme a los alcances de los principios de unidad y concordancia práctica; vale decir, de un lado, resguardando la relación e interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones básicas de la Constitución (ello obliga a no aceptar, en modo alguno, la visión “insular” de una norma, sino a hacer imperativa la perspectiva del conjunto del texto); y del otro, garantizando que todos los derechos, valores y bienes constitucionales conserven en un grado razonable su identidad e indemnidad.

El Tribunal Constitucional en el citado caso Colegio de Abogados del Cuzco (Expediente N° 00050-2004-AI/ TC) ha señalado que en la determinación del contenido esencial debe proscribirse lo siguiente:

a) La fijación de dicho “mínimo” mediante una “cirugía jurídica” del derecho objeto de examen con relación al

Phoca PDF

resto del ordenamiento constitucional.

b) La fijación de dicho “mínimo” en función a una determinación a priori carente de justificación.

c) La fijación de dicho “mínimo” al margen del conjunto de principios y valores constitucionales.

d) La fijación de dicho “mínimo” con inobservancia de la regla de ponderación; es decir, que vista la Constitución como un “todo” sea de alguna manera “mutilada”

En razón a lo expuesto, cabe señalar que el contenido esencial se afecta en las circunstancias siguientes:

a) Cuando a consecuencia de la legislación reglamentaria aparecen limitaciones irrazonables que hacen imposible o sumamente gravoso el ejercicio de un derecho fundamental.

b) Cuando a consecuencia de la legislación reglamentaria aparece que el ejercicio de un derecho no conlleva finalmente a la obtención de una ventaja, beneficio o provecho alguno.

La doctrina expone colateralmente el denominado contenido no esencial de los derechos fundamentales; el cual hace referencia al ámbito material externo y pasible de poder ser desligable del espacio protegido e inmodificable de un derecho fundamental. Esta parte es susceptible de ser “intervenida ”reglamentariamente, a efectos de optimizar el ejercicio o defensa de otros derechos o bienes constitucionales. El legislador ordinario puede “acomodar” dicho marco normativo en pro de concordarlo con el goce o resguardo señalado, siempre que respete los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, expone la existencia del contenido adicional de los derechos fundamentales; el mismo que hace hincapié en el ámbito material añadido y accesorio al contenido esencial de un derecho fundamental; y en el cual el legislador puede hacer pleno uso de su potestad de libre configuración normativa.

Por último, consigna el concepto de derechos fundamentales de configuración legal; los cuales exponen la condición derivada de las disposiciones-principios establecidas en la Constitución. Por dicha razón devienen en mandatos de optimización a ser concretizados en el tiempo, conforme a condiciones y circunstancias tales como la capacidad económica, grado de evolución política, etc. Se trata de atributos consignados en disposiciones abiertas y de eficacia diferida; que por tales requieren de la intermediación de una fuente legal (la ley) para alcanzar su concreción fáctica. El Tribunal Constitucional en el caso Manuel Anicama Sánchez (Expediente N° 01417-2005-PA/TC) ha señalado que su contenido preceptivo requiere ser delimitado por la ley.

2.7. Las garantías institucionales

Dicha expresión alude a la exigencia constitucional de que el Estado cumpla un deber positivo de protección a determinadas instituciones jurídicas consagradas en el texto supra. Expone a un instituto jurídico previsto por el Tribunal Constitucional destinado a asegurar que el órgano parlamentario al momento de regular una materia o institución prevista en el texto supra no vaya a desnaturalizarla o vaciarla de contenido. Mediante estas instituciones se consolida la eficacia normativa de un complejo normativo sistematizado; ello implica rebasar la mera protección abstracta o las simples prohibiciones al Estado, para ascender a la exigencia de una determinada conducta normativa por parte del cuerpo político en cuanto al aseguramiento concreto y tangible de los valores, principios, consecuencias jurídicas y finalidades coexistenciales contenidas en dicho complejo normativo.

El respeto a la garantía institucional se impone al Estado, a efectos que la ordenación complementaria de la Constitución sea concordante con su deber de fidelidad a aquella. Ergo, debe asegurar que su configuración legal preserve el contenido esencial (naturaleza o intereses jurídicos) que explican la razón de ser de una institución jurídica prevista en dicho texto. La Constitución contiene una pluralidad de instituciones jurídicas; vale decir, que comprende a un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de cierto género. Estas agrupan a una pluralidad de preceptos que son afines en función de su objeto de regulación.

Phoca PDF

Así, instituciones jurídicas como la familia, el matrimonio, la educación, la autonomía universitaria, el ahorro público, etc., expresamente mencionadas en la Constitución, devienen en componentes primordiales del sistema político-jurídico. Las normas de estas instituciones constituyen un conglomerado sistematizado y regulador de situaciones jurídicas tendientes a cumplir una finalidad común, cuya presunción se estima indispensable para asegurar la "vida" de la Constitución. En ese orden de ideas, las garantías institucionales ofrecen una protección homóloga a las expuestas en relación a las del contenido esencial de los derechos fundamentales. Como consecuencia de la existencia de estas garantías, el Estado se encuentra sujeto a parámetros en cuanto la reglamentación de dichas instituciones.

De lo expuesto, se colige que la invocación de garantía institucional es impulsada como un mecanismo de defensa constitucional contra normas que afecten el contenido indisponible de una norma fundamental que estructure, describa o despliegue una institución jurídica. Francisco J. Bastida Freijedo [34] señala que las garantías institucionales permiten realizar lo siguiente:

a) Cumplir una función de aseguramiento de una institución jurídica determinada; la misma que por mandato de la Constitución queda ligada a un derecho fundamental.

b) Imponer al Estado la implementación de una estructura normativa infra-constitucional cuya existencia es necesaria para la eficacia político-jurídica de la Constitución.

2.8. La concreción de los derechos fundamentales y las garantías institucionales

La materialización de estos derechos y garantías institucionales pueden sintetizarse a través de los conceptos siguientes:

2.8.1. La reserva legal

Esta alude a que la exigencia de regulación de un derecho fundamental o una institución jurídica debe hacerse necesaria y restrictivamente a través de una ley o norma con rango de ley. Dicha "reserva" se plantea en razón a que solo corresponde al Parlamento, como órgano estadual que expresa la voluntad política del pueblo, el determinar o autorizar –vía la delegación de facultades– las reglamentaciones sobre la materia.

Marcial Rubio Correa señala que dicha garantía consiste en que la aprobación de determinadas normas jurídicas está reservadas a dispositivos con rango de ley, en consecuencia, no pueden ser establecidas en preceptos de rango inferior [35]. En consecuencia, mediante la reserva legal se determina que solo mediante normas con rango de ley se puede regular dicha materia.

2.8.2. El respeto al contenido esencial

La regulación efectuada debe cumplir con la exigencia de preceptuar sin afectar la "sustancia" de los derechos fundamentales o de las instituciones jurídicas. Por ende, dicha actividad solo puede producirse sobre la parte adjetiva y no esencial. Dicha regulación debe tener en cuenta los principios de razonabilidad, racionabilidad y proporcionalidad. El principio de racionalidad consiste en encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos al momento de regular una materia constitucional. Cabe señalar que dicha argumentación debe acudir a razonamientos objetivos e imparciales; amén de equilibrar las ventajas que llevan a la dación de una norma regulatoria con las cargas que su establecimiento genera.

En suma, la regulación debe respetar la lógica deductiva –o sea carecer de contradicción u omisiones–; ostentar consistencia y coherencia; y generar incuestionada admisibilidad social en función al espacio-tiempo histórico en donde es dictada. El principio de razonabilidad consiste en encontrar la adecuación del medio empleado por la

Phoca PDF

norma regulatoria con los fines perseguidos por ella. Esto implica la existencia de una conexión o vínculo eficaz entre el supuesto de hecho que justifica la regulación y la finalidad que se pretende alcanzar.

El principio de proporcionalidad consiste en encontrar un conjunto de criterios o herramientas que permitan medir y sopesar la constitucionalidad de todo género de límites normativos. Por ende, plantea medir la calidad o cantidad de los elementos con relevancia jurídica comparativamente entre sí, a efectos de alcanzar conformidad o correspondencia debida entre elementos mancomunadamente relacionados.

2.9. Aspectos normativos y fácticos de la delimitación y la limitación de los derechos fundamentales

La delimitación normativa alude a aquellos “espacios jurídicos” dispuestos explícita o implícitamente por la Constitución. Así, mediante las técnicas de interpretación la jurisdicción constitucional logra especificar la titularidad, objeto y contenido de un derecho fundamental.

Dicho criterio surge en razón a que la propia Constitución precisa su ámbito normativo. Al respecto, Francisco J. Bastida Freijedo [36] expone que aquello que el derecho fundamental garantiza o no garantiza emana del texto supra, ya sea de manera directa o indirecta.

La limitación normativa alude a aquellos menguamientos o reducciones establecidas por el legislador ordinario, previa y expresa habilitación constitucional. Dichas restricciones pueden ser establecidas de la manera siguiente:

a) Límites expresos. Son aquellos que se derivan directamente de la Constitución; por ende, operan sin necesidad de la intervención del legislador ordinario.

b) Límites implícitos. Son aquellos que se derivan por deducción de la propia naturaleza y configuración normativa de un derecho fundamental; por ende, operan mediante la intervención del legislador ordinario.

c) Límites habilitados. Son aquellos que por mandato específico de la Constitución deben ser establecidos por el legislador ordinario.

d) Límites inmanentes. Son aquellos que operan sobre específicos derechos fundamentales que a pesar de haber sido reconocidos sin sujeción a una reserva de ley; empero, son objeto de una restricción legal, al determinarse en la práctica que su ejercicio viene generando el “fenómeno de colisión” con otros derechos o valores constitucionales.

En efecto, dichos límites son establecidos a consecuencia de lo siguiente:

a) Restricciones consignadas en la propia Constitución. Tal el caso de los impedimentos para postular a una curul congresal por parte de una serie de altos funcionarios públicos (artículo 91) o para participar en actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo (artículo 34).

b) Restricciones derivadas de la Constitución en aras de preservar otros derechos fundamentales. Tal el caso de la libertad de trabajo (inciso 15 del artículo 2).

c) Restricciones derivadas de la Constitución en aras de preservar valores o bienes constitucionales. Tal el caso de el ejercicio de los derechos políticos a través de organizaciones políticas (artículo 35). De allí la justificación de la proscripción de aquellas con credo antidemocrático.

A manera de colofón, cabe señalar que la doctrina señala también la existencia de criterios de topes a las restricciones legislativas; ergo, de condicionamientos o de determinación de “límites” a la fijación de “límites”.

Phoca PDF

Ello a efectos de asegurar una correcta acción restrictiva. Estos son el respeto al principio de legalidad y la aprobación del test de proporcionalidad.

El principio de legalidad expone una pauta basilar que exige que la actuación del legislador se realice dentro del marco de competencias y atribuciones fijadas por la Constitución y la ley; así como que su tarea se lleve a cabo de conformidad con el marco procesal correspondiente.

El test de proporcionalidad expone que se acredite la conexión directa, indirecta y relacional entre la causa que origina la limitación y el efecto que se consigna en ello; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante de la restricción por vía legislativa.]

José Víctor García Yzaguirre [37] resume dicho test en los puntos siguientes:

a) Idoneidad. Ello implica que el acto de intervención del derecho fundamental de una persona debe ser adecuado para satisfacer los fines que el legislador se propone. Tal suceso existe cuando es comprobable que existe una relación causal entre la medida adoptada y el de un estado de cosas en el que se incremente (o se desaliente de ser caso) la realización del propósito; es decir, es un examen de eficacia. Asimismo, supone la evaluación de la legitimidad constitucional de la acción ejecutada, entendida esta como su no prohibición por el constituyente.

b) Necesidad. Ello implica que acreditada la idoneidad, esta debe ser evaluada de forma comparativa con otros medios alternativos a fin de descubrir si existe otra opción adecuada, pero menos lesiva del derecho fundamental. Es un examen de eficiencia que es superado al demostrarse que no existe medio alternativo más benigno.

c) Proporcionalidad en sentido estricto. Ello implica que comprobada la idoneidad y la necesidad de la medida, esta es sometida a un examen en el que se ponderan a través de la fórmula del peso, por un lado los principios constitucionales afectados y por el otro los que se satisfacen con la misma. Así se evalúan el grado de intervención y de satisfacción, el peso abstracto (la importancia material de cada principio en una determinada sociedad) y la seguridad de las premisas empíricas sobre la que se sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención

Cabe señalar, que la fórmula del peso implica la utilización de un método para obtener el valor de los principios en conflicto. Dicha estimación se obtiene en función a lo siguiente:

- El grado de restricción del principio no satisfecho cuando la regulación exige acciones, o se vea afectado cuando exige omisiones.

- La cotización axiológica en abstracto de cada principio. Esta se deduce en función a los fines y valores del modelo en que se aplica la regulación. Así, la democracia, la vida, la libertad, la igualdad, etc., tienen en nuestro país un crédito supra.

- El grado de seguridad que ofrecen las premisas empíricas en función a la realidad.

La aplicación de dicha fórmula debe concluir en fijar en grave, medio o leve el grado de restricción. En ese orden de ideas, las limitaciones se producen en aras del resguardo del orden público, la moral social o los derechos de terceros. Al respecto, veamos lo siguiente:

2.9.1. El orden público

Phoca PDF

Esta noción expone la consagración legislativa de las ideas sociales, políticas y morales consideradas como fundamentales dentro de un Estado. Se la concibe como la suma de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de la comunidad política. El orden público conlleva necesaria e irremisiblemente a la colocación de topes a los actos y conductas humanas. Rubén Hernández Valle [38] subdivide el orden público en constitucional y administrativo. El orden público constitucional se encuentra conformado por el conjunto de principios de carácter jurídico, económico y social que fluyen de la Constitución y que condicionan la actividad del Estado y los ciudadanos.

A nuestro modo de ver, se expresa en resguardo de la defensa nacional, el interés público, el interés social, la justicia y el bienestar de los miembros de la comunidad.

El orden público administrativo se encuentra conformado por el conjunto de medidas adscritas al poder de policía; las cuales importan topes a la voluntad de las personas en aras de resguardar la tranquilidad y seguridad ciudadana, así como la salud de la población. A nuestro modo de ver, se expresa para preservar el descanso, la vida pacífica, la higiene pública, etc.

2.9.2. La moral social

Esta noción alude al conjunto de comportamientos que conforme a la educación e instrucción generada en el medio social son recogidos por el Estado, a efectos de asegurar un “mínimo moral” necesario para que la convivencia humana tenga como marco de referencia el vivir haciendo y compartiendo el bien.

2.9.3. Los derechos de terceros

Esta noción alude al conjunto de comportamientos destinados a cumplir con nuestros deberes jurídicos en el marco de una relación jurídica. Ello implica la proscripción de conductas “antijurídicas” como el ejercicio abusivo de un derecho que conlleve amenazas, violación o desconocimiento del ejercicio legítimo de las facultades, atribuciones o beneficios que la Constitución consagra a las personas ubicadas en un plano de interferencia intersubjetiva, y frente a las cuales existen actos de cumplimiento obligatorio en su favor.

En cuanto a los aspectos fácticos, cabe señalar que dichos derechos pueden verse “limitados” en su efectivo goce por las razones siguientes:

a) El deficiente marco de protección legal establecido por el Estado.

b) La endeble estructura institucional del Estado y el deficiente nivel de desarrollo económico, particularmente en lo referido al despliegue de políticas sociales.

2.10. La titularidad de los derechos fundamentales

La historia acredita que el reconocimiento titularidad de los derechos fundamentales aparece en la Edad Media. Esta tenía el carácter de estamental o de expresión del otorgamiento de un privilegio emanado de una decisión discrecional del monarca. Es decir, se reconocían por la calidad de noble, clérigo, mercader o por ser natural de una villa o ciudad en donde se hubiere realizado “algo” de agrado al gobernante.

Las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII traen la concepción del reconocimiento de los derechos al individuo per se. Por ende, tienen un carácter contractual e individualista. Empero, como señala Mauricio Fioravanti “a medida que ha cambiado la concepción del individuo, del valor reconocido a su dignidad, los derechos no solo se han visto alterados en cuanto a su ampliación, sino también en su propia definición y configuración” [39]. De allí que actualmente dichos derechos sean titularizados a favor del individuo en sí mismo y en asociación con otros; es decir, son individuales y colectivos.

Phoca PDF

La titularidad de los derechos fundamentales –entendida como manifestación de la determinación de los sujetos detentadores de ciertos atributos– aparece tras la valoración de la personalidad jurídica de la que se encuentran dotados aquellos seres premunidos de racionalidad, libertad y sociabilidad. Esta expresa el reconocimiento de goce de una pluralidad de facultades inherentes o necesarias, en grado sumo, para acreditar la calidad de personas. En consecuencia, existe una relación inescindible entre titularidad reconocida por la Constitución y personalidad humana.

La titularidad de la persona humana como sujeto de derechos se sitúa en dos planos:

a) Capacidad de goce. Esta debe ser entendida como la aptitud reconocida por el ordenamiento constitucional para ser titular de los denominados derechos fundamentales.

b) Capacidad de ejercicio. Esta debe ser entendida como la aptitud reconocida por el ordenamiento constitucional para que el titular de un derecho fundamental pueda por sí mismo experimentar su realización en el marco de sus relaciones co-existenciales.

Al respecto, dicha capacidad de goce puede limitarse o condicionarse por razones de edad, salud física o mental, actos de disposición patrimonial, medida civil derivada de una acción penal por inhabilitación política.

Ahora bien, la carencia de la capacidad de ejercicio no anula el derecho de experimentación práctica por cuanto el ordenamiento constitucional garantiza su concretización a través de quienes ostentan la patria potestad, la tutela y la curatela.

Asimismo, ante la amenaza o violación de un derecho fundamental, se ha establecido la denominada capacidad con legitimación procesal mediante la cual se otorga idoneidad para solicitar el cese de dicha amenaza o vulneración. Dicha capacidad de legitimación procesal –en este caso como consecuencia de la existencia de limitaciones y condicionamientos para el uso del derecho de tutela jurisdiccional– es realizada por aquel designado en la Constitución o la ley de la materia.

Víctor García Toma en dialnet.unirioja.es

Notas:

27 Edmund Burke, Reflexiones sobre la Revolución Francesa (Madrid: Alianza Editorial, 2000).

28 Juan Ramón Peirano Argüelles y Francisco Javier Ansuategui Roig, Historia de los derechos fundamentales (Madrid: Dykinson, 1998).

29 Francisco J. Laporta, Los derechos históricos en la Constitución (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006).

30 Francisco Bastida, Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Madrid: Tecnos, 2004).

31 Francisco Bastida, Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Madrid: Tecnos, 2004).

32 Claudia Villaseñor, Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (Madrid: Universidad Complutense, 2003).

33 Claudia Villaseñor, “Estudio sobre los derechos fundamentales”, Anuario de Filosofía del Derecho (1991).

Phoca PDF

34 Bastida, Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.

35 Marcial Rubio Correa, La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005).

36 Bastida, Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978.

37 García Yzaguirre, El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales.

38 Rubén Hernández, Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional (Lima: Jurista Editores, 2006).

39 Mauricio Fioravanti, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. (Madrid: Trotta, 1996).

Phoca PDF