



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CALLAO

FACULTAD DE INGENIERÍA ELÉCTRICA Y ELECTRÓNICA

JUN 2013(13)

Instituto de Investigación de la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica



**INFORME FINAL DEL PROYECTO
DE INVESTIGACIÓN :**

**« LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ Y SU ACTUAL
RÉGIMEN DE PROTECCIÓN JURÍDICA »**

A U T O R :

Abogado **MAURO BERNARDO SÁNCHEZ CABRERA**
Profesor Investigador
Categoría ASOCIADO a T.C.

PERIODO DE EJECUCIÓN:

Del 01 de Noviembre del 2011 al 31 de Enero del 2013

APROBACIÓN:

Resolución Rectoral N° 1182 - 2011 - R
del 23 de Noviembre del 2011

Callao - Perú

2 0 1 3

ÍNDICE

	Pág.
CARÁTULA	I
INDICE	II
I. RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
II. INTRODUCCIÓN	V
III. MARCO TEÓRICO	1

CAPÍTULO I EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO	2
2. LA DICOTOMÍA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA ERA DEL CONSTITUCIONALISMO.....	3

CAPÍTULO II LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN

Artículo 1º.-	5
Artículo 2º-Inciso 1)	6
Artículo 2º-Inciso 2).....	10
Artículo 2º-Inciso 3)	15
Artículo 2º-Inciso 4)	17
Artículo 2º-Inciso 5)	21
Artículo 2º-Inciso 6)	22
Artículo 2º-Inciso 7)	23
Artículo 2º-Inciso 8)	27
Artículo 2º-Inciso 9)	29

Msc

Artículo 2°-Inciso 10)	31
Artículo 2°-Inciso 11)	34
Artículo 2°-Inciso 12)	36
Artículo 2°-Inciso 13)	37
Artículo 2°-Inciso 14)	39
Artículo 2°-Inciso 15)	42
Artículo 2°-Inciso 16)	44
Artículo 2°-Inciso 17)	46
Artículo 2°-Inciso 18)	52
Artículo 2°-Inciso 19)	55
Artículo 2°-Inciso 20)	58
Artículo 2°-Inciso 21)	60
Artículo 2°-Inciso 22)	63
Artículo 2°-Inciso 23)	67
Artículo 2°-Inciso 24)	77
Artículo 2°-Inciso 24)-literal a)	82
Artículo 2°-Inciso 24)-literal b)	86
Artículo 2°-Inciso 24)-literal c)	92
Artículo 2°-Inciso 24)-literal d)	93
Artículo 2°-Inciso 24)-literal e)	94
Artículo 2°-Inciso 24)-literal f)	96
Artículo 2°-Inciso 24)-literal g)	99
Artículo 2°-Inciso 24)-literal h)	100
Artículo 3°.-	101
IV. MATERIALES Y MÉTODOS	103
1) EL UNIVERSO	103
2) TÉCNICA DE RECOPIACIÓN DE DATOS	104
3) TÉCNICAS ESTADÍSTICAS	104

MCO

V.	RESULTADOS	105
	A) CONCLUSIONES	105
	B) DISCUSIÓN	106
VI.	REFERENCIALES	107
VII.	APÉNDICE	111
	Cuadro en el que se integran las diferentes Normas jurídicas que integran el Sistema Jurídico Peruano	112
VIII.	ANEXOS	113
	Anexo 1: Sentencia dictada en el Expediente N° 005-2001-AI/TC	114

MCO

I. RESUMEN

La sistematización de las normas relativas a los Derechos Humanos desarrolladas en las distintas Constituciones Políticas de nuestra era republicana, exige que ellas se interpreten de acuerdo con la realidad social y jurídica del Perú. En este contexto, hasta antes de las Constituciones de 1979 y de 1993, no existía en nuestro país un órgano estatal que tuviera la función específica de velar por el respeto y vigencia de los Derechos Humanos, y por consiguiente, propender al desarrollo de las mismas. Como se recuerda, la Carta de 1979 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales con este fin, el mismo que en la Constitución de 1993 cambió su denominación a la de Tribunal Constitucional, que es el que actualmente se halla en funciones.

En este sentido, la Constitución vigente establece que el Tribunal Constitucional es el órgano de control concentrado de la Constitución. En esta función, sus Sentencias adquieren la calidad de "cosa juzgada" para el caso concreto que se resuelve. Pero además, los criterios expresados a través de su jurisprudencia son precedentes que deben ser observados obligatoriamente tanto por los jueces del Poder Judicial como por las demás autoridades de la Administración Pública en lo concerniente a los derechos constitucionales. La jurisprudencia, es una fuente de derecho que consiste en abstraer criterios interpretativos a partir de la solución de un caso en particular, para luego ser aplicados a otros casos que presenten similitud.

Esto se debe, a que el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por el Artículo 200° de la Carta Fundamental, deben interpretarse por el Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos, así como con las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos constituidos de acuerdo a los Tratados de los que el Perú es parte signataria.

En esta investigación, se analizan todas las normas existentes sobre Derechos Humanos, para facilitar el aprendizaje de las asignaturas "Constitución, Desarrollo y Defensa Nacional" y "Realidad y Defensa Nacional" de nuestra Unidad Académica.

MSC

ABSTRACT

The systematization of the Human Rights norms developed in the different political constitutions of our republican era requires them to be interpreted according to the social and legal realities of Perú. In this context, before the Constitutions of 1979 and 1993, there was no state organ in our country with a specific function of ensuring respect for and the relevance of Human Rights and therefore promote the development of them. The Constitutional Tribunal Guarantees was developed as noted in the 1979 Letter for this purpose which is the same that changed his denomination to the Constitutional Tribunal in the 1993 Constitution which is currently working.

In this regard the current constitution establishes that the Constitutional Tribunal is the concentrated control organ of the Constitution. In this function, their Sentences acquired the quality of "res judicata" to the concrete case that is resolved. However, the criteria expressed through their jurisprudence are precedents that must be observed as much for judges of the Judiciary as for the local Public Administration authorities regarding to constitutional rights. The jurisprudence is a source of law which consists in abstracting interpretative criteria from a particular case solution and then to be applied to other cases that have similarity.

This is due to the content and extent of the constitutional rights protected by the article 200° of the Fundamental Letter must be interpreted by the Constitutional Tribunal as set forth in the Universal Declaration of Human Rights, the Human Rights Treaties, as well as the decisions taken by international tribunals about human rights based on accordance with the Treaties of those which is Perú part signatory.

This research analyzed all the existing norms about Human Rights to facilitate the learning subjects of "Constitution, Development and National Defense" and "Reality and National Defense" of our Academic Unit.

MSC

INTRODUCCIÓN

En el dictado de los cursos **“Constitución, Desarrollo y Defensa Nacional”** y **“Realidad y Defensa Nacional”**, pertenecientes a las Escuelas Profesionales de Ingeniería Electrónica y de Ingeniería Eléctrica, respectivamente, de la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica, uno de los capítulos más importantes es el estudio de los Derechos Humanos. Al respecto, si bien este grupo de derechos adquirieron su reconocimiento político en el naciente Estado capitalista como una reivindicación social producida al influjo de la Revolución Francesa de 1789, sin embargo, a partir de entonces tuvieron una gran difusión en el resto del planeta, llegando a adquirir paulatinamente el carácter de derechos universales inherentes al ser humano por su sola condición de tal. En este contexto, algunos de estos derechos que en el Estado precapitalista eran reconocidos solamente como *“derechos-privilegios”* a favor de ciertos sectores de la población, adquirieron el carácter de derechos *“erga omnes”*, constituyéndose a partir de entonces en *“derechos-garantías”* de todas las personas en sus relaciones con el Estado y las demás personas. En el Perú, los Derechos Humanos también han seguido un desarrollo que presenta notables cambios en el régimen de su protección jurídica hasta llegar a la Constitución Política vigente.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Artículo 14° de la Constitución Política del Estado establece en su primer apartado, literalmente, que «La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.» Asimismo, el tercer párrafo de la aludida norma, preceptúa que «La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar.»

Complementariamente, el Artículo 44° de la Constitución Política del Estado establece en su primer apartado: «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general

MS

que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.» Esta prescripción constitucional, se halla en concordancia con el Artículo 38° de la Carta Fundamental, que señala lo siguiente: «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.»

De otro lado, en la primera parte de la Sexta de las Disposiciones Finales de la Ley N° 28237 –Código Procesal Constitucional–, se prescribe lo siguiente: «En todos los centros de enseñanza, de cualquier nivel, civiles o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales».

En este contexto, el Artículo 200° de la Constitución Política del Estado establece a través de seis incisos, las diversas acciones de garantía constitucional que existen en nuestro sistema jurídico: a) La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, cometido por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; b) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión cometido por cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución; c) La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2°-incisos 5), 6) y 7) de la Constitución Política; d) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley; e) La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley; y, f) La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. De todas ellas, sólo las cuatro primeras tienen por objeto esencial, la defensa de los Derechos Fundamentales a que se contrae el Artículo 2° de la Constitución, preceptuados a través de 24 incisos y en 8 sub apartados del último de éstos.

Asimismo, el Artículo 201º de la mencionada Carta Política, prescribe que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, el mismo que es un órgano autónomo e independiente. A su vez, el Artículo 1º de la Ley N° 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, señala que "El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad"; y, la Primera Disposición Final de la norma acotada, que "Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad".

Por su parte, el Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 28237 –Código Procesal Constitucional– establece que "Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales", mientras que el Artículo V del mismo Título, señala que "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

En este contexto, ha surgido la necesidad de estudiar el estado actual en que se hallan, interpretativamente, los Derechos Humanos en la Constitución Política del Perú, a fin de poder determinar el contenido y alcances adquiridos actualmente en su función de protección como norma jurídica en la Carta Política vigente.

2. OBJETIVOS Y ALCANCE DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

2.1. OBJETIVO GENERAL:

Como ya se ha señalado desde la formulación del proyecto correspondiente, se busca facilitar el conocimiento del contenido que poseen los derechos humanos en la Constitución Política del Perú en la era actual, para proceder a la incorporación eficaz de su régimen de protección jurídica a favor de todas las personas.

2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- A) Facilitar el conocimiento del proceso de incorporación y estado actual de los Derechos Humanos en la Constitución Política del Perú.
- B) Facilitar el conocimiento del proceso de incorporación y estado actual de los Derechos Humanos en el régimen de protección jurídica constitucional.

3. ALCANCES DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

La presente investigación tiene un carácter bibliográfico y teórico que se corresponde con la naturaleza académica del tema estudiado; la misma que de acuerdo con una de las clasificaciones existentes en la materia, consistiría en una investigación aplicada. Al respecto, la realización de este proyecto consideraba una investigación de los conceptos e ideas que corresponde a los Derechos Humanos que integran el contenido silábico de los cursos "Constitución, Desarrollo y Defensa Nacional" y "Realidad y Defensa Nacional".

De aquí, que con la presente investigación se benefician, prioritariamente, los sujetos de la relación educativa en nuestra Facultad (Profesor-Alumno), por cuanto permite ampliar el alcance de los conocimientos impartidos en dichas asignaturas, de modo tal que ahora el estudiante podrá contar con la suficiente información que le posibilite profundizar didácticamente y con eficacia en el estudio y comprensión de los Derechos Humanos y su protección jurídica vigente.

Con este proceso cognitivo, se priorizará el proceso de formación profesional de los alumnos de las Escuelas Profesionales de Ingeniería Eléctrica e Ingeniería Electrónica. Por consiguiente, los beneficiados con el presente estudio serán los docentes y alumnos de las mencionadas especialidades profesionales.

MCC

III. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Desde tiempos inmemoriales en los que el ser humano adquirió conciencia del mundo jurídico como una forma eficaz de regular las relaciones interpersonales y de la sociedad, se ha producido por todas partes la permanente discusión de la dicotomía entre lo público y lo privado. Entre nosotros, según refiere NORBERTO BOBBIO¹, la dicotomía entre lo público y lo privado ingresó a la historia del pensamiento político y social del Occidente a través de dos fragmentos contenidos en el *Corpus iuris* (Instituciones, I, 1.4; y Digesto, I, I, 1, 2), mediante los cuales se definen con amplitud el Derecho Público y el Derecho Privado, respectivamente. Siendo a partir del uso continuo y permanente de dichos términos, que ambos se han convertido en una de las “grandes dicotomías” que con el correr del tiempo ha trascendido el ámbito jurídico, llegando a involucrar también a otras disciplinas.

Al margen de las múltiples disquisiciones suscitadas desde muy antiguo entre lo que es propio de lo “público” y de lo “privado” –a partir de lo cual pareciera surgir una inacabable contienda de oposición terminológica en búsqueda de una solución de supremacía–, lo cierto es que entre ambas denominaciones existe una relación de mutuo condicionamiento. En este contexto, lo “público” aparece como el más fuerte y determinante –en la medida que este vocablo se vincula con los asuntos del Estado– en contraposición a lo “privado”, que a menudo se define como lo “no público” o de los particulares. Sin embargo, como apunta KRESALJA, es preciso resaltar que “[E]n el lenguaje jurídico, lo público remite inmediatamente por contraste a lo privado y viceversa, y se delimitan mutuamente, en el sentido de que la esfera pública llega hasta donde comienza la esfera privada. Así, si se aumenta la esfera pública disminuye la privada, y viceversa, lo que viene acompañado por juicios de valor contrapuestos.”²

En este orden de ideas, ya desde el antiguo Derecho Romano se afirmaba la supremacía del Derecho Público por sobre el Derecho Privado, tal como lo demuestra el enunciado del principio jurídico contenido en el DIGESTO (38, 2, 14) conforme al cual “*ius publicum privatorum pactis mutare non potest*” (“el Derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados”). Asimismo, el DIGESTO distinguía igualmente entre Derecho Público y Privado, al manifestar ULPIANO que el Derecho Público era aquel referido a la cosa pública de Roma y que el Derecho Privado era dictado en interés de los particulares. Esta distinción llamada “teoría del interés”, basa la diferencia en que el interés protegido por el Derecho Público es el inherente al Estado, mientras que el del Derecho Privado lo hace con respecto al de los ciudadanos. Cabe señalar que ya desde la época de ULPIANO, la distinción

¹ NORBERTO BOBBIO: “Estado, gobierno y sociedad”. Fondo de Cultura Económica, México, 1996; pág. 11.

² BALDO KRESALJA ROSELLÓ: “El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993”. Palestra Editores S.A.C., Serie Derechos y Garantías, Perú, 1ª edición, diciembre de 2010; pág. 10.

radica bien sea que se refiera a las normas que se ocupan de los temas concernientes a la organización y funcionamiento de un grupo social (el Derecho de la *res pública*) o a las normas que se ocupan de los intereses particulares de los miembros de ese grupo social.

Con el paso del tiempo y la evolución del Estado –y por consecuencia, la del Derecho en general– el Derecho público se ha asentado como el sector del ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de los poderes del Estado. En este contexto, el Derecho público está constituido por las normas que regulan la actividad de los poderes del Estado, de las relaciones de éstos entre sí y de las relaciones de los mismos con los individuos que constituyen la base social (población) del Estado. De aquí, que las normas que lo integran sean de carácter obligatorio o *ius cogens*, en el sentido de que no es admitido el acuerdo de voluntades para propiciar su incumplimiento bajo sanción de nulidad, a diferencia del Derecho privado en donde la autonomía de la voluntad o el consenso son formas autorizadas legalmente para superar algunas restricciones o limitaciones. Esto se debe a que el Derecho público persigue un interés colectivo que, básicamente, consiste en crear las condiciones generales (fundamentalmente libertad y seguridad) que permitan a los individuos y los grupos en que se integran, conseguir su interés particular orientado a la procura de intereses colectivos o comunes.

En la actualidad, esta división ha mantenido su vigencia a pesar de la aparición y ulterior afinamiento del Derecho Social, rama jurídica autónoma surgida como consecuencia de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y que dos años después obtuvo su consolidación universal con la Constitución de Weimar en Alemania.

2. LA DICOTOMÍA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA ERA DEL CONSTITUCIONALISMO

Teniendo en cuenta que el Derecho público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público, y, asimismo, considerando que el Derecho privado se ocupa preferentemente de las relaciones entre los particulares –ya que eventualmente regula algunas relaciones entre los organismos públicos con los particulares que se someten voluntariamente a sus reglas–, en la era actual del constitucionalismo se da una nueva forma de relación entre ambas ramas del Derecho. Como refiere BOBBIO, en nuestra época la relación entre Derecho público y Derecho privado se caracteriza porque “el significado evaluativo del uno tiende a ser opuesto al del otro, en cuanto que cuando es atribuido un significado evaluativo positivo al primero, el segundo adquiere un significado evaluativo negativo, y viceversa. Desde este punto de vista, derivan dos concepciones diferentes de la relación entre público y privado que pueden ser definidas así: la supremacía de lo privado sobre lo público, o la superioridad de lo público sobre lo privado”³.

En esta nueva forma de relación, BALDO KRESALJA señala que desde el punto de vista de la primacía del Derecho privado “la esfera privada se amplía en detrimento de la pública, no hasta la extinción del Estado, sino hasta su reducción al mínimo... La primacía de lo público aparece como reacción a la concepción liberal del Estado y a la derrota, aunque no

³ NORBERTO BOBBIO; ob. cit., pág. 22.

MSE

definitiva, del Estado mínimo... La primacía de lo público significa el aumento de la intervención estatal en la regulación coactiva del comportamiento de los individuos y de los grupos, retomando el Estado el espacio conquistado por la sociedad civil burguesa hasta tratar de absorberlo completamente, pues son juzgadas como épocas de decadencia aquellas en que se manifiesta la supremacía del Derecho Privado.”⁴

Complementariamente a lo dicho, PETER HÄBERLE refiere que la Constitución “puede desarrollar su fuerza coordinar y unificante sólo cuando garantice derechos no sólo a favor del ‘beneficiario’, sino también a favor de la generalidad. Sólo entonces la Constitución –afirma–, en cuanto fundada en principios de libertad, tendrá una legitimación”.⁵

Es así que en la época contemporánea, desde la aparición del constitucionalismo y la consolidación de la supremacía de la Constitución como Carta política y norma jurídica de primer orden, que el Derecho público –y como parte de esta rama, el Derecho Constitucional– ha cobrado una preponderancia singular en su relación con el Derecho privado. Lo que se advierte a través de la evolución operada en el Derecho en correspondencia con el Estado en la época del capitalismo, pues del Estado de Derecho se pasó primero al Estado Social de Derecho y después al Estado de Derecho Constitucional, que es el modelo de organización jurídico político de la sociedad que corresponde a nuestra era.

En esta concepción, el Derecho público persigue un interés colectivo que consiste, básicamente, en crear las condiciones generales (fundamentalmente libertad y seguridad) que puedan permitirles a los individuos y a los grupos sociales en que se integran, conseguir su interés particular. En este modelo que existe desde hace ya más de cinco siglos, la defensa del interés colectivo o común se ha instrumentalizado a través del Estado. Como consecuencia de ello, dice JOSÉ GARCÍA⁶, el Derecho Público se halla constituido por las normas que regulan la actividad de los poderes del Estado, de las relaciones de éstos entre sí y de las relaciones de los mismos con los individuos que constituyen la base social (población) del Estado.

Actualmente, aunque no todas las Constituciones son iguales ni en todos los Estados se aplican de la misma forma, sin embargo, desde un punto de vista formal es posible afirmar que el mundo se ha constitucionalizado, en la medida de que todos los Estados tienen, de una forma u otra, una Constitución. El constitucionalismo moderno, ha construido sus bases en la llamada concepción racionalista-liberal.

Sin embargo, como lo remarca el propio GARCÍA, esta situación también ha conducido paradójicamente a la llamada crisis del constitucionalismo, que puede explicarse en un doble sentido: por un lado, en vista que todos los Estados han terminado constitucionalizándose, puede concluirse que el proceso ha terminado; pero por otro lado, y esto es lo importante, la universalización constitucionalista se ha hecho a costa de admitir el fenómeno de la existencia de Constituciones muy distintas, algunas de las cuales no merecen llevar siquiera el nombre.

⁴ BALDO KRESALJA; ob. cit., págs. 13 y 14.

⁵ PETER HÄBERLE: *“La libertad fundamental en el Estado constitucional”*. Editorial PUCP, Lima, 1997; pág. 76.

⁶ JOSÉ LUIS GARCÍA RUIZ: *“Introducción al Derecho Constitucional”*. Editorial Universidad de Cádiz, 2010; pág. 18.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN

"Artículo 1º.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

Aunque en puridad todo derecho supone una definición y una forma de ejercicio sobre su contenido, sin embargo, cabe señalar que nuestra Constitución contiene tanto normas de carácter declarativas o programáticas —las cuales pertenecen al orden de los axiomas políticos abstractos—, como normas constitutivas que se hallan contenidas a través de garantías de naturaleza formalmente positiva al igual que en diversas reglas sobre la forma de organización del Estado. Ambas clases de disposiciones se encuentran distribuidas a través de las dos partes que toda Constitución tiene, es decir, en su parte dogmática y en la parte orgánica.

Por su generalidad, podría considerarse que esta norma se inscribe en el rango de las normas declarativas o programáticas, por cuanto al colocarse a la persona como máximo valor de la sociedad y del Estado se resalta un aspecto que es inherente sólo al ser humano y que le ha sido concretamente reconocido como máximo y supremo valor. Lo que resulta como una consecuencia del desarrollo de las ideas que ha seguido históricamente la humanidad.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) —ejerciendo su rol de supremo intérprete de la Constitución— ha desarrollado uniformemente a través de su jurisprudencia la noción de que *"la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas las planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas. Consecuentemente —señala el TC—, en sede jurisdiccional ningún análisis puede desarrollarse sin verificar el respeto a la dignidad del hombre, tanto en la actuación del Estado como en la de los particulares."* [Caso José Luis Correa Condori, STC N° 2016-2004-AA/TC del 5 de octubre del 2004, Fundamento Jurídico "16".]

En este contexto, el término «persona humana» está referido a la noción de persona natural o ser humano, pues podría pensarse que se trata de una redundancia innecesaria bajo el falso supuesto de que todas las personas son humanas. Porque cuando se aborda el tema desde una perspectiva jurídica, se advierte que existen diferencias saltantes. En efecto, en nuestra idiosincrasia hay también las llamadas «personas divinas», tal como sucede con la institución de la "Santísima Trinidad" (Padre, Hijo y Espíritu Santo) de la religión cristiana. Pero además, existen igualmente las denominadas «personas jurídicas» que pueden ser tanto las de Derecho público —cuando son creadas por ley— o las de Derecho privado, que se crean por el consenso de voluntad de quienes lo conforman, y que están constituidos por las sociedades, compañías, firmas comerciales e industriales, etc., que participan en la actividad económica. Por esta razón, creemos que dicho término está perfectamente bien empleado, ya que nos permite apreciar con suficiente claridad las diferencias existentes entre cada una de ellas.

Por otro lado, y como acertadamente lo anota OSCAR MACEDO, si bien la idea de «persona humana» no tiene un carácter universal sino que es un concepto que deviene del cristianismo, en cambio, sí posee una especial importancia porque sirve “para connotar de que el hombre por el solo hecho de ser tal requiere de un mínimo de respeto y consideración”⁷. Es en este sentido, que la norma analizada debe interpretarse a la luz del artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que a la letra dice: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."* Asimismo, con el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que señala: *"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros."* Y también, con el párrafo que a continuación añade: *"El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente con toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad."*

En consonancia con la declaración de este numeral, se advierte implícitamente —en *contrario sensu*— que nadie le otorga derechos al ser humano, por cuanto todos nacemos con ellos. Es por esta razón, que nadie le puede negar sus derechos a ninguna persona. De manera que cada quien debe reconocer estos derechos en sus semejantes y, a su vez, exigirlos en forma irrestricta e inalienable para sí mismo. Así lo conceptualizaron los constituyentes de 1979 y de 1993, cuando consignaron como contenido del primer artículo constitucional la defensa de la persona y su integridad, como fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por nuestra parte, no somos partidarios de que el Derecho a la Vida consagre el respeto a la persona solamente desde una óptica individual como lo hace la Constitución, pues estimamos que ello debe implicar, además, el respeto que la sociedad debe observar en favor de cada ser humano, otorgando —a través del Estado— las prestaciones mínimas que se requieren para satisfacer las necesidades básicas que le permitan vivir en forma digna, ya que de otra manera, el respeto a su dignidad que se declara con toda solemnidad, será únicamente una expresión grandilocuente y sin ningún contenido social, tal como pareciera sugerirlo el modelo de estructura supuestamente neoliberal que propugna la Constitución vigente.

Derechos fundamentales de la persona. Derechos del concebido

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

- 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (...)"***

El derecho a la vida es, por excelencia, el bien jurídico tutelado más primordial e importante de todos los derechos con que cuenta el ser humano, y es un valor superior del ordenamiento jurídico, sin el cual no es posible concebir la existencia de los demás derechos que la ley le consagra. Por esta razón, se protege la vida de las personas aun desde antes del

⁷

OSCAR MACEDO LOPEZ: *"El Nuevo Derecho Social y la Constitución Peruana"*. Editorial San Marcos, 2ª Edición, 1990, Lima, Perú; pág. 159.

nacimiento, lo que se prolonga uniformemente hasta el momento de su muerte. Esto pone en evidencia que como bien jurídico, la vida reviste un carácter estrictamente público, lo que a su vez, va unido a la defensa de la integridad física —envoltura exterior de la integridad moral y psíquica— y de la seguridad, cuyos efectos trascienden a la sociedad, generando otros efectos jurídicos complementarios que se conocen como la *tranquilidad ciudadana*.

Apreciada desde una óptica dialéctica, la vida involucra implícitamente también a la muerte, como un lógico e indesligable contrario que complementa una materialidad unívoca e indisoluble, lo que ha sido bastante ponderado desde una óptica filosófica. Desde esta perspectiva, la norma se relaciona indirectamente con la penalización del aborto, que en otros países es admitido sin mayores objeciones; y, a su turno, con la abolición institucional de la pena capital (pena de muerte), cuya contradictoria aplicación está reservada en forma excepcional por el artículo 140 de nuestra Constitución, para los delitos de traición a la patria en caso de guerra y de terrorismo, figura última ésta que —sin embargo— no requirió aplicarse mediante una ley de desarrollo constitucional como inicialmente estuvo previsto, debido a los éxitos obtenidos durante el gobierno fujimorista en la lucha contra dicho fenómeno político-social en nuestro país. Con relación a la pena de muerte legalmente facultada, muchos consideran que existe una aparente antinomia, pues mientras que por un lado la Constitución protege la vida, por el otro se autoriza la muerte. Sin embargo, creemos que ello no es tal, porque las circunstancias económicas, políticas y sociales, condicionan la interpretación que se le da a una determinada norma jurídica, por cuya razón, en ninguna Constitución se produce una interpretación rígida de ésta. No obstante, cuando se trata de normas restrictivas de derechos, debe tenerse en cuenta que las hipótesis de facto contenidas en ella deben ser enunciadas expresamente en cada caso.

No obstante, el derecho a la vida que consagra este numeral involucra una situación de hecho que se produjo con suma frecuencia en la época más cruenta de la lucha sostenida por el Estado contra el terrorismo, la misma que estuvo caracterizada por la desaparición forzada o involuntaria de un considerable número de personas cuyo destino, de gran parte de ellas, aún se desconoce inclusive hasta ahora, de acuerdo a las diversas denuncias formuladas ante el Ministerio Público y los organismos de derechos humanos que todavía están pendientes de resolver, así como a las conclusiones arribadas en el Informe Final de la “Comisión de la Verdad y Reconciliación” conformada en el gobierno del Presidente Alejandro Toledo.

Sobre este tema, se ha tratado con amplitud en la doctrina jurídica, sin que se haya podido convergir en un criterio uniforme sobre el particular. Refiere JULIO MAZUELOS, por ejemplo, que con respecto al bien jurídico protegido en la desaparición forzada o involuntaria de personas, hay quienes consideran que existen hasta dos bienes jurídicos, de acuerdo a si la desaparición se produce sobre una persona o sobre un cadáver, o, también, atendiendo a la calidad del autor de tales hechos, es decir, si se trata de un particular o de un agente de la autoridad. A renglón seguido, añade que "asimismo, parte de la doctrina estima la posibilidad de reconocer dicho bien jurídico penal, como la vida, la libertad, la seguridad, etc.; mientras otros autores abogan por la distinción de un nuevo bien jurídico acorde con las propias dimensiones de este fenómeno."⁸

⁸ JULIO MAZUELOS COELLO: "Lecciones de Derecho Penal". Editorial "San Marcos", Lima, Perú, 1995; pág. 105.

M.C.

Por otro lado, al estar referido este inciso a los derechos más íntimos con que cuenta el ser humano, la hipótesis constitucional incluye todas las relaciones que rodean a la persona en su existencia como sujeto de derecho, lo que se produce desde el nacimiento hasta la muerte en el ámbito civil, y se complementa con la prohibición de atentarse contra la vida a través de cualquiera de las formas hipotéticas que el Código Penal señala, cuya razón de ser es la defensa de la persona humana contra toda agresión de la que pudiera ser objeto por parte de sus semejantes. Por esto último, precisamente, en nuestro sistema jurídico existe la legislación penal contra el homicidio, el aborto (que protege al concebido), las lesiones en general y su agravante —cuando éstas son seguidas de muerte—, la exposición a peligro o el abandono de personas en peligro e, incluso, la penalización contra el que instiga o ayuda a otro al suicidio. Asimismo, y aunque tardíamente, la Ley N° 26926 (promulgada el 30 de enero de 1998 y publicada el 21 de febrero) incorpora el Título XIV-A al Código Penal de 1991, en el que bajo la denominación de "DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD", se tipifican los delitos de genocidio, desaparición forzada y la tortura, que son sancionados con penas severísimas.

La primera parte de esta norma expresa la concepción individualista de los derechos constitucionales, dado que dicha declaración está referida a la persona. En esta perspectiva, no es posible advertir los negativos efectos que se generan a causa de la desigualdad económica e, inclusive, las frustraciones que ocasiona la falta de oportunidades dentro de una sociedad consumista y burocrática como la nuestra, circunstancia que conlleva a que muchas veces esta declaración sea no solamente lírica, sino también hasta demagógica y perversa. Al respecto, toda persona tiene el derecho de lograr su desarrollo como ser humano, vale decir, a progresar en su nivel de vida material y espiritual (ya que ello constituye una aspiración colectiva que es consustancial a la naturaleza del hombre); pero para poder lograrlo, es necesario contar con los elementos básicos que así lo posibiliten. Sin embargo, las actuales circunstancias del país no son las más óptimas y adecuadas para garantizar, en su exacta dimensión, el desarrollo integral y el bienestar postulados en la norma como un noble fin declarativo, debido a que el desempleo y la desocupación —que a su vez generan la miseria— son dos características de nuestra desigual realidad económico-social, que son la causa permanente de una latente y peligrosa situación de conflicto cuyos nocivos efectos nos desangraron internamente y que no han sido superados definitivamente todavía en cuanto a sus causas medulares.

Con respecto a la referencia sobre la identidad de la persona, es otro de los derechos eminentemente personales cuya regulación se realiza con más amplitud en el Código Civil. Sus efectos jurídicos comprenden tanto el nombre como la imagen y la voz de las personas, ya que a través de ellos el ser humano se individualiza e identifica en su forma exterior ante los demás miembros de la sociedad. En este sentido, se incluiría igualmente la protección y uso de los seudónimos, que en algunas actividades ocupacionales o artísticas tienen importancia. Pero en cambio, se excluye categóricamente el uso de los sobrenombres o de apelativos (los "alias" usados cotidianamente entre la lumpenería), que por lo general son utilizados con el propósito de ridiculizar o discriminar socialmente a la persona hacia quien está dirigido.

La integridad moral y psíquica, son aspectos subjetivos vinculados con la personalidad del individuo, siendo un fenómeno de carácter valorativo y de estabilidad emocional que adquiere mentalmente el propio sujeto a través del proceso de formación y desenvolvimiento en su relación con los demás dentro de un determinado medio social. Involucra a la familia —célula básica de la sociedad— y a todo aquello que interactúa condicionando el mundo vivencial en que se desarrolla el individuo. Ciertamente, esto no es ajeno a la política que el Estado propicia a través del sistema educativo o difunden los medios de comunicación social.

MC

La integridad física debe ser entendida como la protección externa de la persona, lo que se relaciona con la prohibición de la tortura y los maltratos físicos así como de los tratos inhumanos o degradantes. En este contexto se enmarca la polémica entre el Gobierno y la Iglesia Católica en relación al uso de la vasectomía (en los varones) y la ligadura de trompas (en las mujeres), que se produjo en el gobierno del presidente Fujimori a raíz de la política promovida por el Estado como una forma de control de la natalidad bajo el concepto de "planificación familiar". Considerando que las intervenciones quirúrgicas tienen el expreso propósito de *atrofiar* el órgano sexual de reproducción, se argumentaba justificadamente que esto atenta contra la integridad física, por cuanto su finalidad es la de disminuir la capacidad fisiológica de reproducción con la que originariamente nace dotado el ser humano.

Por otra parte, estimamos pertinente señalar —a manera de reflexión crítica— que en un país como el Perú, donde estadísticamente el 18% de su población vive en condiciones de pobreza absoluta y el 52% no cubre sus necesidades básicas, en puridad, hablar del derecho a la vida y del libre desarrollo y bienestar de la persona, resulta poco menos que una hipócrita declaración demagógica. En efecto, el derecho a la vida y los demás fines al que está referido esta primera parte del articulado, implica la presencia de un Estado mínimamente democrático y que se encuentre en disposición de brindar su más decidido concurso para procurar los medios necesarios que hagan posible la efectiva materialización de este derecho por parte de la población. No obstante, debido a las desviaciones que existen en nuestro sistema político de gobierno, ello sigue siendo una aspiración de mera entelequia hasta ahora, debido a la ineficacia y falta de un verdadero compromiso e identificación para con la problemática nacional —ajeno al discurso sensiblero coyuntural—, lo que ha sido ampliamente demostrado por nuestros distintos gobernantes en la conducción del Estado.

La segunda parte del inciso, hace mención al concebido como sujeto de derecho "en todo cuanto le favorece". Esta norma procede del Derecho Romano y tiene la finalidad de garantizar que el futuro ser humano que viene en camino a la existencia propia y separada, mantenga vigentes sus derechos desde que ha sido concebido; hipótesis que subsiste aun cuando no se haya separado del cuerpo de la madre. Jurídicamente, el concebido es el ser humano que tiene una existencia *sui-géneris* entre el momento de la *concepción* (proceso biológico que consiste en la unión del espermatozoide con el óvulo) y el *nacimiento*, instante a partir del cual —como precisa el Maestro ANIBAL TORRES VÁSQUEZ— "el feto adquiere vida autónoma extrauterina y es considerado persona, nacida viva, si ha tenido al menos un acto de respiración"⁹. De este modo, sólo al producirse la separación del vientre materno mediante el nacimiento, el ser concebido adquiere la condición de persona humana, y por lo tanto, los derechos inherentes a éste.

Lo resaltante de la norma es que al reconocerse al concebido la condición de "sujeto de derecho", implícitamente, con ello se le reputa la calidad de ser humano a pesar de que aun no lo sea todavía. No está demás señalar, que este reconocimiento está condicionado al hecho biológico de que el ser concebido nazca con vida y sólo en todo aquello que lo favorezca.

En resumen, pues, ambas etapas biológicas dan origen a dos sujetos distintos de derecho, cuya distinción normativa se encuentra claramente descrita en el artículo 1º del Código Civil de 1984.

⁹ ANIBAL TORRES VÁSQUEZ: "Código Civil". Ediciones Luis Alfredo, 2ª Edición, Julio de 1994; pág. 31.

Derecho a la igualdad ante la ley

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)"**

Como ya se ha señalado anteriormente, hasta hace poco menos de dos siglos, no todas las personas eran consideradas iguales en el mundo entero —cuando menos, formalmente— ante la ley. Es sólo a partir del momento en que se produce la Revolución Francesa, cuando las ideas de libertad e igualdad entre los seres humanos que esta gesta enarbolara como principios ideológicos, que se difunde universalmente esta nueva corriente del pensamiento. Así es como nuestra Constitución también se inscribe, posteriormente, en la corriente que consagra declarativamente la igualdad de las personas ante la ley. Por supuesto, esta es una formalidad que no siempre se ve correspondida con la realidad emergente de las diferencias "naturales" generadas por causa de las desigualdades económicas provenientes de la distribución de la riqueza o por el abuso del poder que muchas veces se impone sin menoscabo alguno, tras eventuales circunstancias políticas.

Al respecto, resulta pertinente citar a manera de ejemplo negativo, las palabras de JOSÉ PAREJA PAZ SOLDAN, quien con un determinismo no exento de cierta dosis de cinismo, refiere que "los derechos individuales pueden agruparse en dos grandes categorías: la libertad individual y la igualdad civil. La Constitución sitúa a todos los peruanos en el mismo plano legal suprimiendo fueros, privilegios o comportamientos estancos, que en otras épocas creaban, favorecían o agravaban la desigualdad. El principio de la igualdad no consiste en considerar a todos los hombres igualmente capaces y morales y en someterlos al mismo régimen de vida. Los seres humanos tienen identidad de naturaleza pero diversas facultades... La igualdad legal facilita la aproximación entre los hombres. No se trata, pues, de una igualdad de hecho, sino de posibilidades. *La desigualdad es una realidad natural y las diferencias son necesarias para que haya comprensión, armonía y vida. Los hombres siempre se distinguirán por razón de su nacimiento, capacidad, talento, moralidad y patrimonio... Lo que la Constitución afirma es una igualdad de derecho, no de hecho, igualdad en la partida, pero no en la llegada*" ¹⁰. Cosa muy distinta es, referirse a las diferencias materiales que surgen por la propia naturaleza del ser humano, las cuales no pueden ser negadas por este principio de la igualdad ante la ley a que se contrae la norma, y a la que con muy buen criterio se refiere ENRIQUE BERNALES cuando afirma que "la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizarnos mejor en medio de nuestras diferencias." ¹¹

Desde luego que al influjo de la vida cotidiana, muchas veces aflora la tentación de aceptar sin más la veracidad de lo afirmado, como sucede por ejemplo, al concordar esta prescripción con la primera parte del artículo 103 de la Constitución, según la cual, no pueden expedirse leyes especiales por razón de la diferencia de personas, sino porque así lo exige la naturaleza de las cosas. Pero sin embargo, a veces se expiden leyes con nombre propio como

¹⁰ JOSÉ PAREJA PAZ SOLDAN; ob. cit., pág. 45.

¹¹ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 118.

MSC

ocurrió en el caso de la eufemísticamente llamada "Ley de Interpretación Auténtica" N° 26657, que aprobó la mayoría del Congreso de la República con la exprosa finalidad de modificar por vía legal el momento inicial para computar el nuevo período de gobierno del Presidente Alberto Fujimori, al efecto de habilitar su postulación en camino hacia una hipotética y ansiada tercera elección para el gobierno presidencial ¹². Por esta razón, cabe señalar que aunque en el plano de la discusión teórica puede advertirse esta diferenciación con relativa claridad, sin embargo, en su aplicación práctica no siempre es posible percibir la misma, tal como se ha evidenciado a través de más de un caso de inconstitucionalidad de leyes que a menudo fuera cuestionado ante la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Acerca del principio de igualdad ante la ley se refieren el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el numeral II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que aluden directamente a este aspecto jurídico declarativo formal.

En la segunda parte de la norma, se prohíbe hacer diferencias de carácter segregativo basadas en las causas genéricas enunciadas al efecto. Es evidente que todas estas formas de discriminación son arcaicas, absurdas e ilegítimas en el mundo moderno, pero a pesar de ello, todavía subsisten en muchos órdenes de la vida diaria, ya sea como reflejo de una práctica inconsciente que es propugnada por el mismo sistema o por los prejuicios impuestos por costumbres reñidas con las ideas progresistas sobre el desarrollo social.

En su segunda parte, la norma establece siete formas de carácter prioritario que puede adoptar específicamente la prohibición que se hace en materia de discriminación, así como una de tipo de cierre que incluye cualquier otra clase de práctica discriminativa distinta a la de los explícitamente enunciados sobre el particular. La discriminación de *origen*, se basa en las diferencias que se hacen en función de la procedencia de una persona, cuya praxis puede corresponder en principio al origen por el Estado de donde provienen, pero también, al lugar geográfico de procedencia en nuestro propio país. En torno a la discriminación por razones de *raza*, ésta, se funda en las diferencias exteriores propias de los seres humanos tales como el color de la piel, conformación física y constitución genética, entre otras características que llevan a la errónea idea de que algunas razas son superiores a otras.

Casi siempre estos dos primeros casos están intrínsecamente asociados, tal como se corrobora cotidianamente en la realidad. *Verbi gratia*, están los prejuicios ocasionados como consecuencia del asfixiante centralismo en nuestra heterogénea sociedad, y cuya más genuina versión se expresa en la tradicional afirmación de que "Lima es el Perú", y tras el cual, toda persona inmigrante del interior de la República —mucho más, cuando proviene de la sierra— percibe a su arribo a la Capital un discreto rechazo inicial, que luego se hace más patente en el fragor de la lucha diaria por la subsistencia personal, el mismo que después se ve ahondado al afrontarse la necesidad de contar con una vivienda en donde morar. Lo que sumado a la difícil situación económica por la que atraviesa el país, ha sido la causa de constantes invasiones que en el pasado dieron origen a las barriadas marginales o pueblos jóvenes —cuya denominación

12

A propósito, cabe mencionar como anécdota, un hecho protagonizado por nuestros campesinos de Piura, quienes, expresando su reconocida sapiencia, en una de las tantas marchas de protesta que se produjeron a nivel nacional, exhibieron un cartel en el que se leía: « $2 \times 5 = 10$ y no 15». Con ello, se ponía de manifiesto el sentido común de que una *reelección* presidencial es totalmente diferente a tres períodos sucesivos de gobierno.

MS

se varió posteriormente a la de "Asentamientos Humanos" con la intención de maquillar tan extrema condición—, los que a su vez, dieron origen a varios distritos populosos como Comas, Carabayllo, Independencia, San Juan de Lurigancho, El Agustino, San Juan de Miraflores, San Martín de Porras, Villa María del Triunfo y Villa El Salvador —entre otros— en la Provincia de Lima, así como Ventanilla y Carmen de la Legua en el Callao.

En cuanto a la discriminación por razones de *sexo*, tienen su origen en las diferencias que se hacen en función de las características constitutivas del hombre y la mujer, a partir de lo cual, se producen distintas consideraciones que en verdad, casi siempre han perjudicado a la mujer, aunque también es bueno señalar, que dicha discriminación ha estado orientada algunas veces hacia su protección, como ocurre con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual o con la adopción de la Resolución Legislativa N° 26583, del 25 de marzo de 1996, que aprueba en el Perú la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, norma que en el plano interno se ha visto materializada con la Ley N° 26260 que protege contra la violencia familiar. En esta medida, cada vez se hacen mayores esfuerzos para eliminar la discriminación de la mujer, lo que obviamente guarda estrecha relación con la erradicación de oprobiosas prácticas que antaño les impedía la oportunidad de poderse realizar integralmente como seres humanos, ya sea en el estudio o en el trabajo cuando no en la vida cotidiana, propósito en el que se enmarca la creación del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano producido mediante la Ley N° 26730, del 31 de diciembre de 1996. Con la paulatina superación de estas concepciones de carácter discriminatorio es que se ha posibilitado, por ejemplo, que las mujeres sean aceptadas como Cadetes aspirantes a la carrera militar y policial con el grado de Oficiales en los respectivos Institutos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, lo que antes era virtualmente un tabú en materia ocupacional, pero que ahora puede realizarse en virtud de varias disposiciones, la última de las cuales es la Ley N° 26628, que incorpora a las mujeres a las Escuelas de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas.

En lo relativo a la discriminación por razones de *idioma*, es aquella que surge en razón de expresarse en un idioma distinto al que es utilizado por las demás personas, lo que en nuestra sociedad, es un problema crucial de honda connotación que no es congruente con la realidad. En esta parte, creemos que la declaración linda casi con el cinismo, puesto que los elevados índices de analfabetismo —es decir, de quienes no saben leer ni escribir en el idioma castellano— son un claro indicador que nos permite advertir la gran envergadura de este problema, dado que existe una amplia base social en donde se producen contradictorias diferencias al respecto. Lo que no puede ser obviado a pesar del intento contenido en el artículo 48 de la Constitución, que reconoce como idiomas oficiales al castellano así como al quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, únicamente "en las zonas donde predominen". Es más, a partir de este enunciado se desprende en puridad, que el castellano es la única lengua de carácter oficial que es realmente reconocida por el Estado peruano en todo su ámbito territorial, pues atendiendo lo referido por la acotada norma, a *contrario sensu*, se infiere que los restantes idiomas no tienen ningún valor oficial fuera de su zona de predominancia, lo que ciertamente, no se desvirtúa por el hecho de que en la parte final del artículo 17 se declare como un deber del Estado, fomentar la educación bilingüe e intercultural y preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas existentes en el país. Tampoco contradice esta apreciación, la circunstancia de que en general, la persona que concurra ante una autoridad pueda hacer uso de su derecho a usar el propio idioma nativo a través de un intérprete, por cuanto este aspecto forma parte de las garantías del debido proceso, lo que es totalmente ajeno a la materia que es objeto del presente comentario.

En cuanto a la prohibición de discriminar por razones de *religión*, se trata de no dar a las personas un trato diferente debido al credo religioso que puedan profesar. Sin embargo, resulta paradójico que la propia Constitución propicie esta forma de discriminación, habida cuenta que en su artículo 50 se declara explícitamente, el reconocimiento oficial de una de ellas —la Iglesia Católica— con el compromiso constitucional de prestarle la colaboración estatal. Lo que conlleva una clara discriminación en perjuicio de las demás religiones (a las que se denomina como "confesiones"), pues al margen del respeto que formalmente se declara estimarles, sin embargo, a tenor de lo prescrito por la Constitución y a pesar de la posibilidad abierta en el sentido de establecerse alguna forma de colaboración para con ellas, es evidente que dichas religiones no cuentan con el mismo trato preferencial en sus relaciones con el Estado. Desde luego, esta diferenciación es producto de nuestra dependencia espiritual de la metrópoli católica, la misma que se origina históricamente con la gesta de la conquista y que luego se consolida durante el virreynato colonial, para posteriormente mantenerse vigente aun después de la independencia e instauración de la República, en donde la discriminación por razones de religión fueron puestas de manifiesto en el plano constitucional aun hasta para el desempeño de un empleo público, ya que hubo una época en la que quienes no profesaban la religión católica (que era la religión del Estado), estaban impedidos de ser funcionarios públicos, tal como quedó patentizado en el Estatuto Provisional de 1821 (artículo 3º) y en la Constitución de 1823 (artículo 14), que así lo requerían expresamente. Aunque de hecho, la discriminación fundada en razones religiosas fue la más difundida en el Perú, a partir de que el Estado reconocía a la religión católica, apostólica y romana, como la única que se profesaba con carácter oficial y obligatoria.

La discriminación originada en la *opinión* de la persona, se produce cuando las expresiones vertidas por ésta en los diferentes aspectos de la vida diaria, son la causa de que se le margine o segregue al interior de la sociedad. Para nadie es un secreto de que a pesar del progreso de la sociedad producto de la ciencia, aun existen muchos mitos y tabúes que impide a las personas poderse expresar con entera libertad y sin riesgo por las opiniones que emiten. Por supuesto, hubo una época no muy lejana en la que esta restricción era todavía mucho mayor, sobre todo en materia laboral, como lo demuestra el hecho de que quienes opinaban y luchaban sindicalmente por mejoras salariales y de las condiciones internas de trabajo, eran despedidos de inmediato u hostilizados laboralmente para que se retiraran, bajo el supuesto de que eran "comunistas", lo que disminuyó notablemente en virtud de la regulación adoptada sobre estabilidad en el trabajo que se produjo en la década del 70 durante el régimen militar del General Juan Velasco Alvarado, pero que en la actualidad ha resurgido con nuevos bríos sobre la base del uso indiscriminado del marcado estigma terminológico de "terroristas".

Respecto a la discriminación por razón de las *condiciones económicas*, ésta consiste en dar un trato diferenciado a las personas sobre la base de su capacidad económica. Al respecto, cabe mencionar que como consecuencia de la injusta distribución de la riqueza propiciada por el capitalismo, se han ido generando paulatinamente diferenciaciones sociales que son cada vez mucho más profundas y abismales. Esto nos lleva a precisar, que si bien durante el régimen feudal el principio de la igualdad entre los hombres por el solo hecho de su nacimiento, se convirtió en un elemento progresista que contribuyó al desarrollo de la humanidad para combatir los privilegios que la aristocracia tenía en razón a ello, sin embargo, con el correr del tiempo se diría que ese concepto que antaño fuera encomiable y positivo para la humanidad, hoy en día ha sufrido una evidente involución, como resultado de la inhumana acción del sistema capitalista. De tal forma que en este camino —como lo refieren MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES—, "ese mismo principio fue instituyendo poco a poco otra

desigualdad: ya no se nacería noble o plebeyo, pero se empezaría a nacer pobre o rico, explotado o beneficiado por el sistema capitalista que, justamente, el principio liberal ayudó a institucionalizar. Es decir, lo que en 1789 fue revolucionario frente al orden antiguo, se convirtió al poco tiempo en una declaración conservadora que iguala a todas las personas frente a la sangre, pero no frente a la riqueza. Por lo tanto, la igualdad formal, la igualdad ante la ley es ya insuficiente en relación al avance de la historia, y a las formas de organización social." ¹³

En relación al contenido integral de este inciso, cabe hacer mención a la Ley N° 26772 (promulgada el 14 de abril de 1997 y publicada el 17 del mismo mes en "El Peruano"), por el que se reglamenta esta disposición constitucional, disponiéndose que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato. En este sentido, la norma considera como tales, a los requisitos que no se encuentren previstos en la ley y que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o cualquier otra índole. Aun cuando del propio tenor del inciso constitucional que es materia de comentario, se desprende implícitamente la prohibición de estas prácticas discriminatorias que atentan contra la igualdad legal de las personas, es evidente que la necesidad de promulgar una ley expresa sobre estos aspectos a más de cuatro años de puesta en vigencia la actual Constitución, surge esencialmente, como consecuencia de la notoria exigencia que contienen los avisos sobre ofertas de empleo en un mercado donde la demanda laboral es cada vez más restringido como ocurre con el nuestro, debido a la recesión económica y los efectos del marketing empresarial. De manera que el propósito de esta norma tal vez no sea de tipo reivindicativo precisamente, sino más bien, una sugerencia oficial para inducir en interlíneas, a hacer menos evidente los requerimientos públicos que no hacen, sino, poner al desnudo el evidente trato discriminatorio que al margen de los buenos deseos se dan en la práctica.

Con el Decreto Supremo N° 002-98-TR del 30 de enero de 1998 (publicado el 1° de febrero), se dictaron diversas normas reglamentarias para la aplicación de la ley N° 26772. Se precisa al respecto, que la prohibición establecida por dicha ley es aplicable a los empleadores contratantes, a los medios de formación educativa, así como a las agencias de empleo y otras que sirvan de intermediadoras en las ofertas de empleo. Cabe resaltar, sin embargo, que en cuanto a los medios de formación educativa no se contempla a las universidades (lo que reviste gravedad, habida cuenta que existen varias de ellas donde hay discriminaciones tanto por razón de sexo como de religión en sus procesos de admisión), siendo consideradas únicamente las instituciones integrantes del sistema educativo formal a que se refiere el inciso a) del artículo 33 de la Ley General de Educación N° 23384, así como los Programas de Capacitación para el Trabajo contenidos en el Título I del TUO de la Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 002-97-TR. Por otro lado, no se consideran prácticas discriminatorias aquellas que se basen en las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado, "por estar sustentados en una justificación objetiva y razonable"; estando expresamente excluidas de este último rango, las prácticas referidas a las preferencias subjetivas de los clientes, o a los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona, así como cuando se excluye al postulante en razón de su pertenencia a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos.

¹³

MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES; ob. cit., pág. 59.

MSC

Así pues, y en resumen, puede decirse que a través del contenido total de este inciso, la Constitución tiene la sana intención de prohibir todo tipo de discriminación entre los seres humanos, con el elevado propósito de construir una sociedad en donde la solidaridad sea su principal objetivo. Aunque como bien señala OSCAR MACEDO, "decir el Derecho no significa realizarlo y, desgraciadamente, no existe más Derecho que cumpla su misión que aquel que se realiza" ¹⁴. Lo que en buen romance significa para el caso comentado, que cuando los buenos deseos políticos no se conjugan con las condiciones objetivas de la realidad, muchas veces se confirma lo vaticinado por el economista PAUL SAMUELSON, cuando afirma sentenciosamente que "en política, como en todo, es muy cierto que el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones." ¹⁵

Libertades de pensamiento y de opinión

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. (...)"**

Esta declaración consagra una libertad que es inherente a la independencia del pensamiento y a la naturaleza espiritual del hombre, ya sea que se practique individualmente o en forma asociada, y consiste en el *derecho de creer o no* lo que se quiera, y en la libertad de poder manifestarlo exteriormente sin restricciones de ninguna clase. De allí que con todo acierto se sostenga que esta libertad no es más que una especificación de otro derecho fundamental: el de comunicar libremente los pensamientos. Es por ello que se cree (en lo interior del espíritu y la mente) y se opina (exteriorizando el pensamiento y la creencia) ¹⁶.

Esta libertad ha sido asumida por la tradición de la cultura occidental y tiene una práctica de larga data; pero sin embargo, en la historia de la humanidad no tiene esa misma antigüedad. En efecto, históricamente no siempre tuvieron vigencia estos principios de la convivencia humana que hoy nos parecen por demás elementales e incluso hasta demasiado obvios. Lo cierto es que dichos principios se fueron acuñando gradualmente sólo desde el momento en que —a partir de la segunda mitad del siglo XV— las ciencias naturales comenzaron a transitar por el irreversible camino de su emancipación de las creencias religiosas arraigadas en la teología, iniciando desde entonces, una frontal lucha en contra del oscurantismo científico que éstas propiciaban. De tal forma, se desencadenó un cambio revolucionario en el desarrollo de la concepción del mundo y en la investigación de la naturaleza que hasta entonces predominaba, época monumental que los franceses llamaron el *Renacimiento*, los alemanes la *Reforma* y los italianos el *Cinquecento*. "Las vallas del *orbis*

¹⁴ OSCAR MACEDO LOPEZ; ob. cit., pág. 163.

¹⁵ PAUL A. SAMUELSON: "*Economía Política*". Editorial McGRAW-HILL, Undécima Edición, 1972; pág. 167.

¹⁶ MIGUEL ANGEL SEMINARIO: "*Libertad de Conciencia y Religión*", en "LECTURAS SOBRE TEMAS CONSTITUCIONALES" N° 6. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1990; pág. 82.

terrarum ¹⁷ antiguo fueron derribadas —dice FEDERICO ENGELS— la tierra fue descubierta en realidad recién entonces, echándose las bases para el futuro comercio mundial y la transición del artesano a la manufactura, que fue a su vez el punto de partida de la moderna gran industria. La dictadura espiritual de la iglesia fue quebrantada. Los pueblos germánicos la rechazaron directamente en su mayoría y adoptaron el protestantismo, mientras que en los pueblos latinos arraigó más y más una alegre libertad de pensamiento tomada de los árabes, y alimentada por la filosofía griega recientemente descubierta, la que preparó el materialismo del siglo XVIII... También la investigación de la naturaleza se movía entonces en medio de la revolución general y era, ella misma, totalmente revolucionaria, puesto que tenía que luchar por su derecho a la existencia. A la par de los grandes italianos de quienes parte la filosofía moderna, la investigación de la naturaleza dio sus mártires a la pira y a las cárceles de la Inquisición. Y es significativo que los protestantes se adelantaran a los católicos en la persecución de la investigación libre de la naturaleza. Calvino quemó a Miguel Servet cuando estaba a punto de descubrir la circulación de la sangre, y lo hizo asar lentamente en dos horas; la Inquisición se contentaba siquiera con quemar lisa y llanamente a Giordano Bruno" ¹⁸. Esto pone de relieve el sinuoso derrotero seguido hasta el momento que, como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789, se consagraron universalmente una serie de libertades de carácter personal compendiadas jurídicamente en el rubro de los "Derechos Fundamentales".

Ahora bien, apreciada desde una óptica eminentemente moral, la libertad humana no es una libertad de elección sino de acción, por cuanto constituye la facultad humana de cumplir el deber en forma voluntaria. Es por ello que con acertado criterio, JOSÉ PAREJA PAZ SOLDAN afirma al respecto, que "se ha dicho que desde el punto de vista constitucional, la libertad humana equivale a la soberanía política. Lo que la soberanía es para el Estado, es la libertad para el hombre y la comparación es tan apropiada que se ha edificado la soberanía del Estado sobre el modelo de la libertad individual. Como aquella, la libertad es un poder no sólo sobre los demás sino principalmente sobre la propia persona que lo ejerce. El hombre es libre porque gracias a su razón, es dueño de sí mismo. El Estado es soberano porque gracias a su organización y el equilibrio de sus poderes, es igualmente dueño de sí mismo, y el éxito de un Gobierno estriba en hallar una ecuación feliz y justa entre Libertad y Autoridad." ¹⁹

Desde esta óptica, entonces, la libertad de conciencia es aquella por la cual, el ser humano es libre de pensar en la forma de cómo mejor lo considere conveniente, de tal forma que nadie puede ser perseguido por sus ideas. Esto mismo sucede con la libertad de religión, ya que todos tienen derecho a profesar la que consideren válida, sin que por ello puedan ser objeto de persecución por parte del aparato estatal. Los parámetros en que se ejercen dichas libertades pertenecen estrictamente al ámbito subjetivo del individuo, de manera que son permitidas y aceptadas, en tanto tales convicciones no se exterioricen en el mundo material, a través de actos que sean contrarios a la moral o que alteren el orden público, el mismo que es reconocido y establecido como límite vigente por el Estado a través del ordenamiento jurídico positivo y las concepciones ideológicas de las que emanan esas normas.

¹⁷ Así se llamaba en esa época a la tierra, que según con las creencias predominantes se suponía que tenía una forma plana y circular, rodeada de vallas.

¹⁸ FEDERICO ENGELS: *"Dialéctica de la Naturaleza"*. Ediciones "El Alba", Lima, Perú, 1989 (reproducción de la 1ª Edición publicada por Editorial Pavlov, México, 1945); págs. 22 y 23.

¹⁹ JOSE PAREJA PAZ SOLDAN; ob. cit., págs. 16 y 17.

No obstante, es paradójico que la declaración contenida en este derecho sea cercenada por la propia Constitución desde su mismo Preámbulo. Esto se patentiza cuando el Congreso Constituyente Democrático declara que la Constitución se hace "INVOCANDO A DIOS TODOPODEROSO", y lo deja así establecido, en una clara demostración de fe religiosa que excluye a quienes no participan de la misma. Por supuesto, al margen de haberse empleado tradicionalmente esta fórmula desde que fue sancionada nuestra primera Carta Constitucional, y de que ello pueda ser respetable como un ideal inspirador, es evidente que la libertad de conciencia y de religión que se proclama, además de ser desplazada a un segundo plano en forma sibilina, simultáneamente se ve perjudicada en su propósito grandilocuente. Tal vez ello explique la intolerancia advertida en muchos de los casos registrados en los anales de nuestro controvertido y no menos cuestionado medio judicial, los cuales han merecido el rechazo unánime por parte de la opinión pública nacional e internacional, siendo calificados como casos de delitos de opinión, lo que es un problema latente de nuestra variopinta realidad que, desde luego, pone a prueba permanentemente la validez y eficacia de la norma declarativa contenida en esta disposición constitucional.

Coherentemente con este principio constitucional, tanto el Código Procesal Civil como el Código Procesal Penal (en estado de "vacatio legis" al principio y, después, implementado paulatinamente en el país) establecen una distinción entre los supuestos jurídicos para recibir el juramento o promesa de honor ofreciendo decir la verdad, el mismo que deben prestar obligatoriamente los sujetos procesales antes de iniciarse una audiencia o diligencia en la que participen por mandato judicial.

Libertad de información, opinión, expresión y difusión

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación. (...)"**

I. Reproduciendo la sistemática seguida por la Constitución de 1979, este inciso contiene también cuatro formas de libertades esenciales, que en su origen están estrechamente vinculadas con la libertad de creencia y de pensamiento (aspecto subjetivo), las mismas que por su naturaleza, pueden permanecer confinadas al interior del individuo sin que se hagan públicas. Ambas libertades civiles adquieren trascendencia jurídica, únicamente cuando son exteriorizadas de alguna forma por la persona. Siendo a partir de este momento, precisamente, en que funcionan las cuatro libertades a que hemos hecho mención como contenido del presente dispositivo, las cuales han sido calificadas en su conjunto —por algunos autores— como la libertad de palabra o de prensa. En un sentido individualizado, podemos definir tales libertades de la siguiente manera:

M/C

1º) *Información.* Esta libertad tiene dos aspectos que son consustanciales, ya que incluye tanto la libertad de informar a los demás como la de ser informado sobre los asuntos en que se tenga interés. En *contrario sensu*, implica igualmente, la reserva de no informar lo que concierna a uno y se desee mantener en reserva por alguna circunstancia de carácter personal. Sin embargo, a nivel de información buscada por las personas, esta potestad puede ser violada cuando se niega injustificadamente el acceso a documentación e información de carácter oficial (en la medida que la restricción al acceso de información que afecte la intimidad personal o familiar es materia de otro derecho constitucional). Aunque esto no quiere decir en modo alguno, que esta libertad sea absoluta e indiscriminada. En efecto, se exceptúan de ella los casos en que existan de por medio razones de Seguridad y Defensa Nacional, tal como lo determina el inciso subsiguiente. Ahora bien, cuando esta libertad se ejerce a través de algún medio de comunicación social, funciona en este ámbito el derecho de rectificación o de aclaración, que procede cuando se informa erróneamente sobre algún hecho, lo que ha sido reglamentado más específicamente por la Ley de Rectificación N° 26847, modificatoria a su vez, de la Ley N° 26775 con la que inicialmente se reglamentó el ejercicio de esta disposición constitucional y cuyos alcances comentamos más abajo.

2º) *Opinión.* Es la libertad que tiene el ser humano para adoptar y expresar sus propios pensamientos y criterios sobre los hechos, personas o cosas, sin que nadie pueda imponerle pensamientos con carácter obligatorio o de "verdades oficiales", como por lo general sucede en épocas de gobiernos autoritarios o dictatoriales. Al respecto, resulta aleccionante el lema acuñado por el General JOSÉ DEL CARMEN MARÍN ARISTA —fundador del Centro de Altos Estudios Militares— quien perennizara la frase: "LAS IDEAS SE EXPONEN, NO SE IMPONEN", para resaltar la tolerancia que siempre debe de haber en este sentido, como parte inalienable del ejercicio de esta libertad. Por lo demás, este aspecto se complementa con la norma que prescribe que no hay delito de opinión, al que se refiere taxativamente el inciso tercero de este mismo artículo anteriormente glosado.

3º) *Expresión.* Significa la libertad que tiene la persona, para poder comunicar pensamientos, ideas y opiniones. Es en este ámbito, donde puede incurrirse en el libertinaje o incluso en la injuria, que son dos formas de exceso en los que fácilmente puede caerse, cuando quien ejerce este derecho omite observar con rigurosidad la ética o la sobriedad, que en este ámbito actúan como un contrapeso natural y hasta de auto regulación.

4º) *Difusión.* Implica la posibilidad de amplificar o transmitir la expresión personal, para poderse expresar más allá de los límites de la simple voz o del escrito personal. Por su propia naturaleza, esta acción involucra necesariamente la participación de otras personas, ya sea en condición de meros receptores o como activos difusores de las expresiones vertidas. La difusión, está referida por excelencia a los periódicos, la radio, la televisión y otros sistemas semejantes de comunicación masiva. Pero también incluye a las versiones propaladas por vía oral en cualquier clase de reunión, tenga ésta el carácter de asambleísta o grupal, o ya sea de tipo sindical, asociativa o cualquier otra de carácter afin, y que aun cuando fueran de naturaleza netamente académica, ello no impide que muchas veces por el grado de emotividad de la misma, en algunas ocasiones nos veamos involucrados en medio de radicalismos verbales e intolerancias extremas que muchas veces llegan inclusive hasta los hechos —cuando no se tiene una clara noción de la práctica democrática— dejando de lado el mutuo respeto que debe existir mínimamente entre las personas, como directa consecuencia de las circunstancias propias a que conducen los apasionados niveles de discusión o confrontación de las ideas que se producen.

MSC

La libertad de difusión también incluye, el derecho que tienen las personas, de publicar las propias ideas por medio de libros que circulen con toda libertad, sin que puedan ser objeto de censura previa, prohibición o impedimento que en forma alguna atente contra su libre circulación.

II. Ahora bien, la circunstancia de que todos estos derechos enunciados por la norma, sean ejercidos "sin previa autorización, censura ni impedimento algunos", nos ubica básicamente, en el campo de la libertad de palabra cuya más sólida expresión es la *libertad de prensa*. Virtualmente, ambas libertades constituyen en su conjunto, el mismo derecho de poder expresar el pensamiento propio sin tener que someterse a ninguna forma de censura o de control previos; aunque como es lógico suponer, ella debe ejercitarse bajo las responsabilidades de ley que hayan sido previamente establecidas.

Debido a esta última restricción anotada, precisamente, es que en nuestro sistema legal se ha establecido de manera uniforme, que cualquier exceso cometido por parte de quien se expresa, podrá ser objeto de sanción si en el curso de su ejercicio se agravia a otras personas, instituciones públicas o privadas, o también —e indistintamente— a ambas. Dichas sanciones, pueden ser de naturaleza penal (que según la gravedad del caso, pueden ser: encarcelamiento efectivo, condena privativa de la libertad suspendida en sus efectos, prestación de servicios comunitarios o multa a la renta), o de tipo civil (como bien puede ser el pago de una indemnización en dinero a favor de la persona que resulte perjudicada).

A) A este respecto, la legislación procesal penal ha previsto que cuando se trata de casos de difamación que hayan sido cometidos a través de la prensa o mediante cualquier otro medio de difusión masivo, se prosiga un procedimiento especial para tales casos, el mismo que se encuentra regulado por el hasta ahora vigente, vetusto y cada vez más parchado y remendado Código de Procedimientos Penales del año 1939.

Sobre el particular, cabe mencionar que el segundo párrafo del artículo 317 del aludido normativo procesal, fue eliminado como consecuencia de la «interpretación auténtica» hecha por el Congreso de la República a través de la Ley N° 26773 (promulgada el 17 de abril de 1997 y publicada al día siguiente), por considerar que este apartado restrictivo modificado por el Decreto Ley N° 22633, quedó derogado por efecto de la vigencia de la actual Constitución Política. Esta medida, se adoptó bajo el criterio de que no puede haber libertad de prensa mientras subsistan mecanismos que permitan la censura previa de los medios de difusión.

III. Por otro lado —y como es natural en las cuestiones de derecho—, las obligaciones, constituyen un aspecto indesligable que en todo caso, sirven de indesligable complemento en el plano jurídico, a las facultades reconocidas como derechos subjetivos en favor de las personas. Desde esta perspectiva, las responsabilidades en que se incurre por el mal uso de esta libertad a través de los medios de comunicación social, involucran solidariamente al autor del hecho con el propio medio de difusión (cuya responsabilidad es compartida en forma directa por el Director, e indirectamente por el propietario del mismo). Sin embargo, en este extremo se ha seguido una tendencia legislativa discriminativa, que consiste en evitar la dación de leyes especiales que tengan como propósito finalista represivo, sancionar drásticamente a los responsables de los medios de comunicación social y a los propios periodistas.

MC

A) En este sentido, conviene resaltar por ejemplo, que la llamada Ley de Rectificación N° 26775 consideraba entre los sujetos sometidos a su regulación restrictiva, no sólo a quienes tienen en sus manos la directa responsabilidad de los medios de comunicación (principio que es correcto), sino también a sus propietarios (lo que era un evidente exceso).

No obstante, ante la reacción unitaria del gremio periodístico y de todos los organismos que agrupan a las empresas nacionales e internacionales de prensa, la mayoría parlamentaria adicta al entonces Presidente Alberto Fujimori Fujimori se vio obligada a tener que modificar y precisar algunos conceptos contenidos en esta nueva institución normativa, siendo así que con fecha 9 de julio de 1997 fue promulgada la Ley N° 26847 (publicada el 28 del mismo mes y año), que prácticamente reprodujo en su integridad la norma legal anteriormente mencionada, quitándole aquellos aspectos controvertidos que motivaron una sostenida campaña de protesta.

a) En relación con este punto, cabe anotar los siguientes cambios fundamentales operados en el contenido de ambas normas legales: a) el pedido de rectificación debe dirigirse al director del órgano de comunicación o quien haga sus veces a falta de éste, y ya no al propietario del medio de difusión como alternativamente había sido establecido en un inicio.

b) la rectificación que se solicita, debe estar referida únicamente a los hechos mencionados en la información difundida, sin comprender en ningún caso juicios de valor u opiniones, como en un principio se dejaba entrever. c) se prescinde del Comité de Ética que inicialmente se consideraba en el artículo 6° de la Ley 26775, en el entendido de que ésta es una facultad inherente a los propios medios de comunicación social.

B) En cuanto al goce de estas libertades en sí, debemos mencionar que las irrestrictas garantías reconocidas en favor de quienes cuentan con los recursos económicos necesarios para fundar y explotar medios de comunicación social, es un problema que muchas veces influye en forma decisiva, en el desvirtuamiento de las funciones sociales y la calidad que mínimamente deben demostrar los medios masivos de comunicación en su actividad.

Esto ha originado que tras cumplir una función con objetivos netamente utilitarios y mercantilistas —acentuado especialmente en los nuevos diarios o revistas que han salido a la circulación, cuando no en algunos medios de radiodifusión e inclusive algunas televisoras privadas—, se practique un libertinaje *in extremis* confundiendo el ejercicio de esta libertad, con directo perjuicio de la calidad cultural, que con ello, se ve notoriamente amenguada y aun hasta sacrificada. Lo que evidentemente es un álgido *problema* —pues haciendo honor a su origen etimológico que significa "*pedra*" en griego, indudablemente constituye un serio obstáculo— pero al mismo tiempo un reto impostergable, que deben ser encarados con toda entereza, a fin de poder orientar por nuevos rumbos más provechosos para la colectividad, la marcha institucional de dichos medios de comunicación social. Así lo exige el interés supremo de nuestra cada vez más desconcertante y desconcertada sociedad, máxime cuando su razón de ser en el cumplimiento de la noble función social que están llamadas a cumplir, no es precisamente, el exclusivo beneficio de los intereses que representan sus propietarios.

IV. En lo relativo a la tipificación de los llamados delitos de prensa cometidos a través de los medios de comunicación social, se sigue manteniendo que estos deben estar regulados en el Código Penal y no en normas especiales ajenas al mismo. Asimismo, se mantiene que estos delitos deben ser juzgados en el fuero común, es decir, por la autoridad jurisdiccional común.

MSC

Derecho de información. Secreto bancario y reserva tributaria

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.
El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. (...)"**

La norma anterior establece en forma general el derecho de las personas al acceso a la información. Siguiendo esta orientación, la norma determina el procedimiento a seguir cuando el pedido se efectúa ante cualquier entidad pública. Con esta finalidad, las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de aprobar su Texto Único de Procedimientos Administrativos (T.U.P.A.), norma que debe contener los diversos trámites, plazos de éstos y los costos correspondientes que deben abonar los usuarios. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información –Ley N° 27806– y su Reglamento, establecen el procedimiento que deben observar al efecto las entidades públicas.

La norma contiene igualmente dos exclusiones: por un lado, la información que afecte a la intimidad de otras personas (cuyo derecho a la intimidad está protegido por el inciso 7 del mismo artículo 2º); y las informaciones que no puedan divulgarse porque así lo dispone la ley o porque sean de carácter reservado por razones de seguridad nacional, considerados como secretos por la ley correspondiente.

En cuanto al secreto bancario, la falta de normas que definieran con claridad los casos, se constituyó en una suerte de entrapamiento para las investigaciones realizadas por el Congreso en algunos casos donde se presumían actos de enriquecimiento ilícito por parte de algunos altos ex-funcionarios gubernamentales. Entre estos, *verbi gratia*, está el caso de quien ocupara el primer orden jerárquico de prelación entre los funcionarios públicos entre los años 1985 a 1990, es decir, el ex-Presidente Alan García Pérez; quien haciendo uso de artimañas tinterillescas aprovechadas por los vacíos legales existentes en la materia, dilató al máximo –a través de su abogado, el entonces Congresista Jorge Del Castillo– los requerimientos de información solicitados por una Comisión Investigadora del Congreso, tendiente a conocer con exactitud los montos de las "coimas" depositadas en el sistema bancario a cambio de los favores que otorgara durante su gestión presidencial a la empresa internacional TRALIMA, encargada de la construcción inconclusa de la famosa obra del tren eléctrico con el que su defensor fue elegido Alcalde de Lima en el año 1986. Por esta razón, la parte final del inciso establece con acertado criterio, que además del juez, el secreto bancario y la reserva tributaria también pueden ser levantados a pedido del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora del Congreso de la República. En todos los casos, existe la obligación de proceder con sujeción a ley y siempre que el pedido tenga relación con el caso investigado, lo que se establece como una forma de evitar cualquier tipo de exceso que se preste a manipulaciones políticas en la sustanciación del procedimiento indagatorio, así como para proteger los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación.

Restricciones al derecho de información

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. (...)"**

Este inciso constituye un preámbulo a la norma contenida en el apartado siguiente, ya que está referida más explícitamente a la intimidad personal y familiar a que tiene derecho toda persona, pero relacionada a la restricción en el uso de los servicios informáticos. Se trata pues, de una saludable actualización jurídica acorde con el desarrollo alcanzado por dicha actividad tecnológica, ya que cuando se introdujo en la Constitución de 1979 la innovadora proposición de cautelar la intimidad personal y familiar, no se sospechaba entonces la importancia que alcanzaría en tan corto tiempo el desarrollo de la tecnología informática. Sobre la dinámica de este proceso, refiere MANUEL CALVO, que "en el último decenio hemos asistido a una revolución entre seres humanos y computadoras, gracias al ordenador personal, y que algunos han llamado la *década Macintosh*. La popularización de los ordenadores está produciendo modificaciones sustanciales en la educación, la comunicación, la edición, la industria en general, el medio ambiente, etc. En el futuro, dicen los expertos, nada funcionará sin un microchip. Pero los cambios de los años ochenta y noventa en informática no son más que un preámbulo de lo que se nos viene encima, en cuanto a novedades e incertidumbres." ²⁰

Este acápite, pues, establece una norma operativa de control sobre el uso de los servicios informáticos y sus implicancias en el presente, aunque más parece proyectarse hacia el futuro, si se tiene en cuenta que en el mundo moderno la informática se afirma como una disciplina, con sus fundamentos, sus métodos y sus herramientas específicas, al punto que algunos analistas sugieren que la informática está provocando una auténtica mutación intelectual de orden antropológico, dada su analogía sugestiva con el cerebro humano, aun cuando esta afirmación sea prematura y aventurada por ahora. En este sentido, la informática constituye un portentoso instrumento que sirve para acumular una creciente cantidad de información sobre cosas y personas, de modo que en su conjunto contribuyen al proceso del conocimiento sobre una determinada realidad, como un paso previo a lo que entre los medios de gestión se conoce como la «toma de decisiones».

La norma prevé restricciones para el suministro de información por tales medios, a fin de evitar su uso indiscriminado o aun de mala fe, cuando la posesión de ella pudiera poner en peligro la reserva de la intimidad personal y familiar a que tiene derecho toda persona, sin que se distinga para el caso, si se trata de un personaje público o no. Esta es una saludable excepción constitucional que limita la libertad de información, que busca proteger la privacidad personal y familiar, en cuyos dominios, ningún extraño puede inmiscuirse bajo ninguna forma, ni tampoco utilizar o interferir con cualquier tipo de propósito.

Este derecho se protege mediante la acción constitucional del Habeas Data, que ha sido regulado legalmente a través del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

²⁰ MANUEL CALVO HERNANDO: "La Ciencia en el Tercer Milenio. Desafíos, direcciones y tendencias". McGRAW-HILL/INTERAMERICANA S.A., Madrid, 1995; págs. 147 y 148.

Protección del honor y de la intimidad personal y familiar

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. (...)"

I. La mayoría de derechos contenidos en la primera parte de esta norma, reproducen varios derechos que a su vez, ya habían sido recogidos anteriormente por la Constitución de 1979, con excepción del aspecto concerniente a la voz propia, cuya inclusión haya sido probablemente establecida, como un infructuoso intento por evitar la deformación burlesca de la que en estos últimos tiempos han venido siendo objeto cada vez en mayor medida, diversos personajes públicos —sobre todo, de la política nacional— producto de la acción irreverente y aun hasta difamatoria, de muchos imitadores cómicos del espectáculo.

II. En la dogmática jurídica, se sostiene que el derecho al honor contiene implícitamente dos aspectos: uno, de *carácter subjetivo*, que puede definirse como el sentimiento de autoestima personal, es decir, el juicio valorativo o autovaloración que el sujeto hace de sí mismo; y otro, de *carácter objetivo*, que trasciende el ámbito meramente individual y se proyecta hacia el exterior de éste, constituyendo la buena estima que los terceros tienen con respecto a una persona determinada, lo que mirado desde un sentido positivo, constituye precisamente, la buena reputación. De este modo, el honor y la buena reputación son dos aspectos que se complementan unívoca e intrínsecamente en toda persona, de tal forma que ambos resultan esenciales para su normal convivencia en sociedad.

Sin embargo, en el texto constitucional de la norma —cuya fuente inmediata es la Carta de 1979— estos dos elementos han sido separados expresamente por el legislador constituyente, de tal forma que como lo afirman BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, "nuestra Carta Magna entiende por honor sólo el subjetivo, esto es, la autovaloración de la persona"²¹, ya que al aspecto objetivo, se refiere con especial énfasis al hablar de la reputación de una manera independiente. Debido a esta peculiaridad, es obvio que ambas características —inherentes y consustanciales a todo ser humano, pero también extensivas a las personas jurídicas—, deben ser respetadas en forma obligatoria por todos, sin que quepa hacer ninguna distinción o excepción al respecto. Lo que en el caso de las personas naturales, incluye tanto a las personas vivas como a la memoria de los muertos.

A) En correspondencia con este criterio rector, es que el Código Penal del año 1991 establece en sus artículos 130 a 132 (contenidos en el Capítulo único del Título II, Libro Segundo, bajo la denominación de los "Delitos contra el Honor"), los ilícitos penales que agravan al honor y a la buena reputación personal, los mismos que se tipifican con el "*nomen iuris*" de injuria, calumnia y difamación, según corresponda a los hechos producidos en cada

²¹ LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARIA DEL CARMEN GARCIA CANTIZANO: "*Manual de Derecho Penal - Parte Especial*". Editorial "San Marcos", 2ª Edición, Lima, Perú, 1996; pág. 122.

caso. Es importante destacar, que todos los delitos contra el honor previstos en el ordenamiento sustantivo, son punibles (es decir, merecedores de pena) únicamente cuando son cometidos a título de *dolo* (o sea, cuando existe la intención consciente y voluntaria de dañar el honor o la buena reputación de la persona afectada).

En este sentido, es importante destacar que los delitos de injuria y difamación, han sido establecidos para proteger tanto el honor de las personas físicas como el de las personas jurídicas. En cuanto se refiere al delito de calumnia, el bien jurídico protegido es única y exclusivamente, el honor de la persona física.

a) En la *injuria*, el comportamiento vedado consiste en ofender o ultrajar a la persona agraviada, ya sea con palabras (que pueden ser proferidas tanto por escrito como oralmente), gestos o vías de hecho. El artículo 130 del Código Penal, establece que este delito puede ser reprimido con la prestación de servicio comunitario de 10 a 40 jornadas, o con 60 a 90 días-multa ²² en forma alternativa.

b) La *difamación*, se materializa cuando se atribuye a una persona un hecho (que puede ser un suceso o acontecimiento), una cualidad (calidad o manera de ser), o una conducta (modo en que procede una persona), que pueda perjudicar su honor o reputación. Este comportamiento del agente, debe ser efectuado ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia. A partir de estos elementos, puede deducirse que este delito es, en realidad, una injuria; pero con la peculiaridad de que la acción consiste en darle difusión a la noticia.

En opinión de BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO ²³, para la configuración del delito, es irrelevante si las atribuciones que hace el agente son verdaderas o falsas. No es difícil ver que este criterio se erige sobre la base de los casos en donde opera excepcionalmente la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad establecida por el artículo 134 del Código Penal, para justificar el hecho cometido. Por nuestra parte, discrepamos con el criterio vertido en este punto. En pro de nuestra opinión, son de apreciar las causas de inculpabilidad contenidas en el artículo 133 del Código Penal, que explícitamente prescribe que no se comete injuria ni difamación, en tres supuestos específicos: cuando se trata de ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez; cuando se emiten críticas literarias, artísticas o científicas; y cuando se vierten apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables por parte de un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

c) La *calumnia*, consiste en atribuir falsamente a una persona física, la comisión de un determinado hecho delictuoso. En este rubro, no están incluidas las denuncias sobre hechos que estén considerados como faltas por la legislación positiva penal. Del mismo modo, no se requiere que la calificación jurídica sobre los hechos atribuidos sea precisa en lo terminológico. En la doctrina se define igualmente a la calumnia, como una modalidad especial de injuria.

²² El artículo 41 del Código Penal, establece que el importe del «día-multa», es el equivalente del ingreso promedio diario que percibe el condenado, y debe ser determinado atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

²³ LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y otra; ob. cit., pág. 127.

B) Desde una óptica jurídico-procesal, el derecho al honor implica que quienes tienen a su cargo la actividad probatoria, están obligados a cumplir con el deber —tanto jurídico como moral— de no lesionar el honor ni la reputación de las personas que en forma circunstancial puedan participar dentro del proceso judicial en que son partes, así como de los terceros que sean requeridos y estén presentes en el acto procesal correspondiente.

Es por esta razón, por ejemplo, que si durante la secuencia del juicio oral en materia penal, el interrogatorio tuviera como objeto tratar aspectos inherentes a la intimidad personal, la sesión deberá realizarse a puerta cerrada y con la única concurrencia de quienes están obligados a ello y/o tienen la posibilidad de intervenir en la materialización del acto respectivo, lo que en el léxico judicial se conoce como "audiencia privada".

Similar criterio rige cuando debe practicarse alguna diligencia de registro personal, que debe efectuarse con respeto del pudor y el honor de las personas intervenidas, aunque muchas veces ello no se observa escrupulosamente, sobre todo, cuando se trata de mujeres. Así sucedió, por ejemplo, en un caso que fue denunciado por la conocida modelo Susan León, quien al ser investigada a nivel policial acerca de sus relaciones con el tristemente célebre narcoterrorista "Vaticano" denunció haber sido víctima de tocamientos obscenos y libidinosos por parte de un médico y por efectivos de la propia policía que estaban a cargo de la investigación correspondiente, cuando fue sometida a una diligencia de registro personal y al examen médico legal correspondiente.

C) Por las razones anteriormente mencionadas, también debe protegerse el respeto de la reputación de las personas hasta límites convenientes dentro de cualquier investigación que se sustancie. Este es uno de los fundamentos del carácter reservado que tiene toda investigación policial y judicial pero que sin embargo es muchas veces trasgredido por la propia policía, al presentar en conferencias públicas como culpables de algún hecho delictuoso —y aun hasta con uniforme a rayas— a personas que después son absueltas de los cargos imputados en el respectivo proceso judicial, ya sea porque son inocentes o por falta de pruebas, pero que sin embargo, resultan irremediabilmente perjudicadas debido a la ligereza policial. Lo grave de estos hechos, es que tales acciones contravienen el principio constitucional de presunción de la inocencia de las personas, la misma que jurídicamente subsiste, mientras no exista una sentencia judicial en la que se establezca firmemente la responsabilidad penal del hasta entonces presunto infractor.

III. La intimidad personal y familiar, alude esencialmente al comportamiento y a las relaciones privadas de las personas. En tal virtud, esta disposición tiene por finalidad, preservar que ningún extraño se pueda inmiscuir o interferir dentro de esta reducida esfera, la misma que se encuentra reservada a la autonomía de la persona misma y a la de sus familiares más cercanos. De esto se deduce, que la norma trata de proteger las relaciones personales y de parentesco familiar (que jurídicamente pueden ser adquiridas consanguíneamente o por afinidad) del individuo, así como sus asuntos íntimos y de familia, que en su conjunto constituyen los elementos que integran la «vida privada» de la persona.

IV. Por otro lado, es indudable que el derecho a la propia voz es indesligable del derecho a la propia imagen. Ello no obstante, es evidente que la primera de ellas es parte inconfundible de la persona, de tal modo que no sólo le pertenece e identifica ante los demás con nombre propio, sino que también forma parte indesligable de su ser. De manera que nadie puede utilizarla sin la debida autorización.

A) El derecho a la propia imagen involucra la potestad de la persona a usar su propio cuerpo, sus imágenes y reproducciones, de manera que nadie pueda difundirlas o hacer uso de ella sin su debido consentimiento. Sin embargo, este derecho de naturaleza personalísima se ve muchas veces ignorado y aun hasta trasgredido, cuando se trata de personajes públicos, ligados especialmente a la política y la farándula. Del mismo modo, en un plano que excede a la utilización imitativa de la voz con fines de ridiculización del que han sido objeto distintos personajes públicos a través de los medios de comunicación masiva, se advierte igualmente, más de un exceso en el uso de las imágenes asociado al de la voz en estos últimos tiempos, que ha proliferado en el género del llamado «humor político». Aunque, curiosamente, muchos de los personajes afectados muestran su complacencia pública de que así sea, lo que hasta cierto punto desvirtúa el espíritu de la presente norma constitucional.

Desde luego, mientras las imágenes y la voz de estos personajes sean reproducidos en su vinculación con las funciones públicas que desempeñen, no puede alegarse el derecho de reserva a que se refiere este inciso, pero si por el contrario, ella ofende la intimidad personal y familiar del personaje, entonces estamos dentro de la hipótesis que nos plantea la Constitución. Ello ocurrió en el caso de la hija del Presidente de la República y Primera Dama, Keiko Sofia Fujimori, quien al ser reiteradamente imitada con fines burlescos por el cómico Andrés Hurtado (conocido artísticamente como "Chibolín"), desencadenó la ira de su padre, quien exigió que se prohibiera seguir propalando este "sketch" por la televisión, lo que en efecto se produjo, esencialmente, debido a la alta investidura jerárquica del requiriente.

B) Aunque por otro lado, también es conveniente señalar que esta práctica irreverente resulta muchas veces en la práctica, la más genuina expresión de una sutil y *sui-géneris* forma de venganza popular que se ejerce contra nuestros más conspicuos personajes públicos y políticos, la cual surge como consecuencia de las disímiles relaciones existentes entre el pueblo oprimido y el poder que aquéllos encarnan representativamente. Es así como los diferentes regímenes gubernamentales sin excepción, han estado caracterizados en su momento, a través de la imagen caricaturizada de un determinado personaje bufonesco que los identifica folklóricamente ante la colectividad nacional. De este modo, por ejemplo, en la época del gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado, fue su ex-Ministro Armando Artola Azcárate; y luego, en el período del General Francisco Morales Bermúdez lo fue él mismo a raíz de su recordada celebración beódica en un partido de fútbol. Posteriormente, durante el gobierno del Presidente Fernando Belaúnde Terry, el personaje más representativo en este género bufonesco fue su hermano Francisco; a su vez, el gobierno de Alan García Pérez estuvo simbolizado por el controvertido ex-Alcalde y congresista Jorge Del Castillo Gálvez. Y por último, durante los sucesivos gobiernos del Presidente Alberto Fujimori Fujimori (a partir del año 1992), lo fue la congresista doña Martha Chávez Cossío.

V. La segunda parte de esta norma, establece el derecho de rectificación en forma gratuita, inmediata y proporcional, en favor de toda persona que sea afectada por cualquier información inexacta o que la agravie en cualquiera de las formas previstas por la ley. En cuanto a las responsabilidades de ley que pudieran emerger a raíz de la comisión de dichos actos, éstas, pueden ser de carácter civil o penal. De modo que según la gravedad o la naturaleza que revista el caso, podrá darse lugar a una sanción penal por difamación o a una indemnización de tipo civil, o también a ambas formas de pronunciamientos judiciales, según las acciones que considere conveniente adoptar el agraviado.

A) El ejercicio de este derecho constitucional por parte de las personas que resulten afectadas por afirmaciones inexactas a través de los medios de comunicación social, se halla regulado por la Ley N° 26847, promulgada el 9 de julio de 1997 y publicada el 28 del mismo mes y año, que sustituye íntegramente la Ley de Rectificación N° 26775 promulgada meses antes. Como es del dominio público, la norma sustituida fue rechazada unánimemente por los diferentes medios de difusión, ante el temor de que dicha norma constituyera un atentado contra la libertad de prensa y de empresa, debido principalmente, a la imprecisión que había entre los conceptos de información y de opinión, así como por la confusión contenida en la norma sobre las responsabilidades del director del medio de difusión y la intervención de sus propietarios en un asunto que obviamente no era de su competencia, además de la creación de un denominado "Comité de Ética". En vista de las múltiples críticas fundamentadas que recayeron en la norma promulgada, el Congreso se vio obligado a revisar la ley y a sustituirla íntegramente, en una saludable rectificación de los errores incurridos anteriormente.

La norma sustitutoria precisa que el derecho de rectificación no procede respecto a los juicios de valor u opiniones, de modo que sólo se limita a los hechos mencionados en las informaciones difundidas. Asimismo, la norma excluye de responsabilidad a los propietarios de los medios de comunicación con relación a la solicitud de rectificación que formule el afectado, la misma que deberá dirigirse por conducto notarial u otro fehaciente —dentro de los 15 días naturales posteriores a la publicación— al director del medio de comunicación o quien haga sus veces a falta de éste. Un aspecto innovativo que introduce la Ley N° 26847 en su artículo 7°, se refiere a la posibilidad del afectado para recurrir a la Acción de Amparo en demanda de la tutela de este derecho, sólo en el caso de que transcurridos los plazos señalados por el artículo 3° de la norma, no se hubiera publicado o difundido la rectificación, o se hubiese notificado expresamente por el director o responsable del medio de comunicación social que aquella no será difundida, o se hubiese publicado o divulgado sin respetar lo dispuesto por la Ley. Lo que en buen romance significa establecer una vía previa, a diferencia de la Ley N° 26775, que prescribía que el ejercicio del derecho de rectificación no impedía ni limitaba que el afectado hiciera uso de dicha acción constitucional. También se eliminan los llamados "Comités de Ética" creados por la ley primigenia, por ser este un asunto privado de los medios de comunicación y, por ello mismo, de su única y exclusiva incumbencia.

Creación cultural y propiedad intelectual

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. (...)"***

La libertad de creación tiene directa conexión con la naturaleza del hombre, y puede definirse como "la posibilidad de expresarse individualmente y de contribuir al desarrollo de la sociedad con los aportes personales al conocimiento y progreso humanos" ²⁴. Definitivamente, la libertad de crear es una de las más importantes para el individuo, porque a la par de permitirle realizarse en su estricta dimensión personal, es indudable que esta

²⁴ MARCIAL RUBIO Y ENRIQUE BERNALES; ob. cit., pág. 51.

MSC

actividad repercute igualmente en beneficio de la sociedad. Es así como se ha producido —y se acentúa cada vez más— a través de la historia, el permanente desarrollo de la humanidad en los campos de la cultura, el arte, la técnica y la ciencia en general.

De hecho, toda sociedad tiene la necesidad de reproducir la materia prima, las máquinas y las fuerzas de trabajo. Pero además, también tiene que reproducir las relaciones sociales de producción (cuya razón de ser económica está fundada en las relaciones que se establecen entre los hombres, en función de su condición como propietarios o no de los medios de producción), lo que implica reproducir todo un andamiaje constituido por el Estado, la cultura, la educación, la ideología, etc. que promueve y posibilita la reproducción de todo lo anterior.

Sobre la base de estos criterios, IGNACIO LÓPEZ SORIA define a la cultura, como "el conjunto de valores, actitudes, gestos, formas de comportamiento y de organización social, conocimientos, habilidades, expresiones artísticas, gustos estéticos, principios morales, normas jurídicas, hábitos políticos, etc.", precisando a continuación, que "en una sociedad de clases no puede hablarse de la cultura, sino que hay que hablar de las culturas de cada una de las clases, porque las clases difieren entre sí no sólo por su diversa relación con los medios de producción, sino por la diversidad de culturas que generan y a las que se adscriben. Puede decirse, pues —concluye—, que las clases se diferencian entre sí por sus valores estéticos, éticos, religiosos, etc., como por sus comportamientos." ²⁵

En esta orientación, el mejicano JOSÉ LOZANO FUENTES define a la cultura "como la conducta que los miembros de una sociedad han observado y que está basada en principios comunes, por tanto en un sentido general la cultura será un conjunto de realizaciones y formas de pensar y vivir que caracteriza a una época determinada. Tradicionalmente —añade— se han confundido los términos de cultura y civilización, aunque en realidad son conceptos distintos, pues la civilización abarca las manifestaciones materiales e inventivas, en cambio la cultura tiene por meta presentar los aspectos espirituales. Además de esto la cultura surge con el propio hombre, mientras que la civilización es producto de una sociedad o grupo." ²⁶

Por su parte, MARCIAL RUBIO señala en otro sentido, que "la cultura es la forma en que el ser humano se expresa a sí mismo y expresa a su mundo. Esta capacidad de expresión, es decir de cultura, se obtiene en buena medida mediante la lectura, el conocimiento del arte, los estudios." ²⁷

Desde luego, es lógico sostener que el creador de cualquiera de los bienes culturales especificados en este inciso, tenga prioridades exclusivas sobre la propiedad de los mismos al igual que sobre los productos que de ellos se derivan, siendo este último aspecto, el beneficio económico que produce la utilización del bien creado. Es por ello que en el mundo económico

²⁵ JOSE IGNACIO LOPEZ SORIA: *"Educación y Cultura para un Proyecto Nacional"*. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Nacional de Ingeniería; fascículo de la Serie: Documentos de Difusión "Ensayo y Propuesta" N° 5, Lima, Perú, 1987; pág. 10.

²⁶ JOSE MANUEL LOZANO FUENTES: *"HISTORIA DE LA CULTURA"*. Compañía Editorial Continental, S.A. de C.V., 9ª Reimpresión, México, 1995; pág. 11.

²⁷ MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 22.

actual, el derecho intelectual del autor o del inventor —cualquiera sea la forma de expresión de su obra— se protege a través de diversos Tratados, Acuerdos, Convenios y Convenciones adoptados internacionalmente, los mismos que integran la “propiedad industrial” regulada en el derecho interno de cada uno de los países suscribientes, dando lugar al cobro de derechos de autor, pago de regalías por el uso de patentes, e igualmente, a la persecución de la llamada “piratería intelectual” que atenta contra el precitado derecho.

En este sentido, conviene tener presente lo que manifiesta ATILIO ANIBAL ALTERINI: “la propiedad intelectual tiene un aspecto patrimonial, que ahora nos interesa en función del patrimonio, y un aspecto extrapatrimonial o de derecho moral de autor. En cuanto a su caracterización, son patrimoniales —en un aspecto, que nos interesa ahora, repetimos— y absolutos, con lo cual equivalen en ello a los derechos reales. Pero no son exactamente iguales a los derechos reales, toda vez que el objeto de los intelectuales es la «obra», y el de los reales la «cosa». Por otra parte los derechos intelectuales se ejercen temporalmente... y cuando quedan sin sujeto pasan al dominio público con la consiguiente facultad de ser aprovechados por cualquier persona, y no al dominio privado del Estado como los derechos reales.”²⁸

El segundo apartado de este inciso establece como un deber del Estado, la función de propiciar el acceso a la cultura y el de fomentar su desarrollo y difusión, porque ellos constituyen igualmente, derechos humanos que son fundamentales para la existencia del hombre en sociedad. Con este propósito se ha creado el Instituto Nacional de Cultura, institución que sin embargo, fuera del auspicio que ocasionalmente otorga a determinadas actividades artísticas para efectos de liberación de impuestos, lamentablemente no tiene una mayor actividad funcional en pro de la cultura nacional, lo que por cierto, demanda una más efectiva preocupación institucional en este aspecto tan importante para nuestra vida colectiva.

Inviolabilidad del domicilio

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 9.** *A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley. (...)*”

La inviolabilidad del domicilio —según la clasificación que hace MAURICE DUVERGUER en su Manual sobre las Instituciones Políticas²⁹— es una de las libertades personales o libertades civiles más importantes con que cuentan las personas, porque es un derecho constitucional que garantiza su tranquilidad personal al igual que sus derechos a la intimidad personal y familiar, así como la seguridad de ser plenamente libre dentro de los linderos perimétricos que le corresponden. Para decirlo metafóricamente, constituye un acto de soberanía en el ámbito de la persona semejante a la soberanía territorial que tiene un Estado cualquiera, con la particularidad de que en este caso, cada uno es dueño y señor de su

²⁸ ATILIO ANIBAL ALTERINI: “DERECHO PRIVADO”. Editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1995, reimpresión de la 3ª Edición; Tomo I, pág. 281.

²⁹ Citado por JOSE PAREJA PAZ SOLDAN; ob. cit., pág. 13.

casa. Esto explica el que la inviolabilidad del domicilio, sea uno de los clásicos derechos cuyo ejercicio es tradicionalmente suspendido por los gobiernos cuando se declara el «estado de emergencia», que es una medida política gubernamental de carácter excepcional que se dicta en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. Este criterio se encuentra contenido en el inciso 1° del artículo 137 de la Constitución vigente, que le confiere al Presidente de la República la facultad de declarar dicho régimen de excepción mediante Decreto Supremo, con simple acuerdo del Consejo de Ministros.

Como todos los derechos humanos reconocidos en su primera época como tales, esta libertad personal era anteriormente un “derecho-privilegio” que no le pertenecía a todos sino tan sólo a un determinado sector de la sociedad. Históricamente, aparece como una gracia que el rey español Alfonso IX otorgó en el año 1188 a favor de los pobladores de Villa de León, como gratificación por su valentía en la defensa de la causa monárquica. A esta gracia se le conoce como “Pacto de Sobarbre”.

En el Perú, el reconocimiento constitucional de este derecho se inicia con la Carta de 1823, bajo la consideración de “asilo inviolable”.

En lo que concierne a su actual contenido constitucional se estima que por regla general, para que alguien pueda ingresar al domicilio o efectuar investigaciones o registros dentro de él, necesariamente, se requiere contar con la debida autorización del titular que lo habita o de la persona que lo represente, o en su defecto, —alternativamente en caso de negativa— de mandato judicial que esté debidamente fundamentado, debiéndose aclarar en esta hipótesis, que no basta la simple orden del juez sin dar cumplimiento a este último requisito, porque en tal caso, constituiría una arbitrariedad punible. Igual procedimiento debe seguirse, por analogía, cuando se trata de ingresar o hacer registros en áreas no domiciliarias que se encuentren cerradas, cuando son de propiedad privada.

Ahora bien, la última parte de este apartado establece la excepción a la regla, que se da en el caso de flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración, lo que constituye una causa excepcional que justifica el ingreso a domicilio ajeno sin contar con la previa autorización u orden motivada del juez. Cabe mencionar, que la circunstancia del “flagrante delito” a que se alude, quiere decir que el delito se está cometiendo en ese momento o que se acaba de cometer, y que el delincuente todavía no ha salido del ámbito visual de sus perseguidores. Es de destacar igualmente, la notoria variación que se hace en relación a la Constitución de 1979, que al referirse al caso del “peligro inminente” de comisión de un delito, aludía tácitamente al «estado de necesidad» como causa justificatoria de carácter eminentemente subjetiva para justificar el ingreso en domicilio ajeno, según el criterio de quien lo hacía, lo que a su vez, implica además una serie de requisitos puntuales que no son del caso señalar. Lo que no sucede actualmente, porque la expresión de “muy grave peligro” de su perpetración, contiene una valoración apreciativa de naturaleza eminentemente objetiva, de tal forma que la valoración de esta circunstancia excepcional, no se deja librado exclusivamente al juicio personal del que practica este hecho.

El acápite final del inciso, establece que las excepciones a la inviolabilidad del domicilio por motivos de sanidad o de grave riesgo, son reguladas por la ley. Esto confirma el principio de legalidad que se debe observar para poder omitir lícitamente, como una forma excepcional, la prohibición constitucional de violación del domicilio personal.

Secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial. (...)"

El primer párrafo está referido al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Se halla directamente relacionada con el resguardo del derecho a la intimidad personal y de reserva de la vida privada contenida en el inciso 7º de este mismo articulado, y forma parte de la protección del derecho a la privacidad que tiene toda persona. Históricamente, es un derecho individual de antigua data que fue reconocido por la Asamblea Nacional Francesa de 1790, convocada cuando la revolución se encontraba en pleno auge.

En sus efectos, tiene una estrecha conexión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por ser éste el ámbito íntimo al que pertenecen. A diferencia de la Carta de 1979, que en el mismo sentido protector se refería a los "papeles privados", la norma en comento usa el término "documentos privados", lo que tiene una mayor amplitud en su significación. En efecto, de acuerdo a la definición señalada en el artículo 233 del Código Procesal Civil, se entiende por documento a todo *escrito u objeto*, lo que le confiere un significado mucho más amplio al de "papeles" a que hacía alusión la Constitución de 1979. Así pues, debe entenderse por *documento* todo escrito, impreso, fotocopia, plano, cuadro, dibujo, fotografía, radiografía, cinta cinematográfica y otro tipo de reproducciones de audio o de video, a la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado, siempre que tengan el carácter de *privados*, es decir, que se refieran al ámbito estrictamente personal e íntimo del ciudadano. Ciertamente, la interpretación de lo que corresponde o no al plano personal o íntimo, a veces depende de los intereses que en ese momento estén en conflicto o contradicción.

Sin embargo, la norma pone igualmente sobre el tapete la discusión sobre el espionaje, que es un fenómeno de carácter universal que en la actualidad se practica profesionalmente con sorprendentes visos de normalidad, tanto por determinadas instituciones del Estado en el ámbito político (al influjo de las no siempre claras "razones de seguridad nacional") como por algunas entidades privadas que se han especializado en el espionaje industrial y/o tecnológico, las cuales utilizan en sus actividades, una serie de procedimientos altamente tecnificados que hacen prácticamente imposible no sólo el poder detectar sino, esencialmente, probar su ilícito accionar por parte del ocasional afectado.

El segundo apartado de la norma faculta que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos puedan ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos —con fines probatorios—, mediante orden motivada del juez y con las garantías previstas en la ley, en cuyo caso, se establece la obligación de guardar secreto sobre los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen. En principio, esto significa que para poderse proceder en tal sentido debe existir de por medio un proceso judicial, ya que esta es la hipótesis contenida en la regla constitucional; y asimismo, que toda información ajena al asunto para el cual se expidió la autorización judicial, no podrá ser usada en ninguna otra forma fuera del caso concreto a que está referido. Sobre el particular, debe tenerse presente la definición vertida por el Maestro FLORENCIO MIXAN MASS ³⁰, quien precisa que "la apertura consiste en abrir la cubierta para conocer lo que contienen o lo que significan los papeles y las comunicaciones privadas. Cabe señalar que todas esas acciones solamente pueden tener lugar durante la actividad procesal previo mandato (resolución escrita y motivada) del Juez." En cuanto a la incautación, dicho autor señala que ésta consiste en la acción y efecto de incautarse que, a su vez, significa "tomar posesión un tribunal u otra autoridad competente de una cosa en el lugar" en que se encuentra con o sin traslado a otro lugar. En relación a la interceptación, la define como "el apoderamiento de algo durante el itinerario antes de que llegue al lugar de su destino o a su destinatario" ³¹. Esta norma de excepción al derecho de secreto personal, pone de manifiesto que la privacidad no es un derecho absoluto, sino más bien relativo.

A manera de ejemplo y a la vez de crítica, en relación a la intervención policial no autorizada por el Juez en esta materia, recordamos el «caso FREDDY VITERBO GAMBOA GONZALEZ», ocurrido en el año 1990 y del cual informaran algunos medios de comunicación, en donde estuvieron involucrados varios Profesores de una conocida Universidad Nacional. En una investigación de rutina que hacía la entonces DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo), se descubrió que una célula de propaganda senderista enviaba desde México, fuertes sumas de dinero a través de giros a su nombre que eran remitidos dentro de cartas por el correo, en forma regular a la oficina que como abogado tenía esta persona, quien coincidentemente era natural de Huanta (Ayacucho), donde había estudiado en la Universidad Particular "Victor Andrés Belaúnde" antes de concluir su carrera profesional en una antigua Casa de Estudios de Lima. Lo curioso del caso, es que todas las comunicaciones habían sido remitidas a una oficina que dicho abogado había alquilado en el centro de Lima, y en donde compartía ambientes con otros Profesores de la misma Universidad en la que laboraba como tal, pero que pertenecían a otras profesiones. Sin embargo, la documentación obtenida por la policía no había sido producto de una investigación regular, y además, tampoco se probó que el destinatario hubiera cobrado personalmente las sumas de dinero contenidas en los giros, ante lo cual, la policía decidió archivar el caso en esta etapa. Esto es un claro ejemplo sobre la invalidez de pruebas obtenidas con trasgresión de este principio constitucional. Cabe mencionar, que en este caso no tuvo mayor importancia que el investigado hubiera sido uno de los fundadores y más conspicuos activistas de la autodenominada "Asociación de Abogados Democráticos del Perú", ni que tampoco hubiera estado en México.

Es por lo anteriormente señalado, precisamente, que en el tercer párrafo de la norma se dispone en forma taxativa, que todos aquellos documentos privados que hayan sido obtenidos sin la debida observancia de este precepto, no tienen ningún efecto legal. Ello se

³⁰ FLORENCIO MIXAN MASS: *"Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal"*. Ediciones B.L.G., Trujillo, Perú, 1996, pág. 280.

³¹ *Ibidem*.

Msc

debe, a que el derecho al secreto es absolutamente formal, lo que en el aspecto comentado tiene implicancias con respecto a la privacidad, en el sentido que no le es lícito a ninguna autoridad o persona penetrar en la intimidad personal, lo que según la visión teísta de SANTO TOMÁS DE AQUINO, guarda relación con aquello de que «sólo Dios puede penetrar en la intimidad de cada uno». Cabe notar, que los alcances de esta regla se extienden a la intimidad entre dos personas, lo que involucra también a la correspondencia o las comunicaciones. Sin embargo, conviene puntualizar igualmente, que la enunciación de este principio no puede servir para fomentar y promover el delito. En este caso concreto, la norma constitucional está protegiendo la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados *que no agravian el orden público* (es decir, aquellos que no constituyen delito). Por lo demás, este derecho guarda estrecha relación y se corrobora al mismo tiempo, con el principio por el cual se prohíbe el abuso del derecho.

Finalmente, no podemos dejar de comentar, las discusiones producidas en el Congreso de la República en torno a la propuesta de reglamentar este derecho, a propósito de las denuncias formuladas sobre una presunta interceptación telefónica por parte de los organismos del Servicio de Inteligencia Nacional y los Servicios de Inteligencia de las Fuerzas Armadas. Al respecto, en vista de que se ha hecho cada vez más evidente la existencia de estas prácticas ilegales, que del ámbito de la defensa nacional se han extendido peligrosamente a todos los órdenes de la vida en la sociedad civil, se ha propuesto la elaboración de una ley que reglamente la procedencia de tales actos. Sin perjuicio de las consideraciones que ello nos merezca en su oportunidad, conviene enfatizar que en tal caso, debe tenerse en cuenta que como toda ley especial o de excepción, debe tener perfectamente delimitado sus alcances normativos, para evitar cualquier exceso en su aplicación, como siempre ocurre cuando existe ambigüedad o generalidad en la formulación de la norma; lo que urge tomar debidamente en cuenta, más aún, cuando como en este caso, se trata de la restricción de derechos.

La parte final del inciso examinado, está referido a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de las personas, instituciones y empresas, los cuales sí deben ser puestos obligatoriamente a disposición de las autoridades administrativas, tributarias y judiciales. Ello, no sólo porque como es lógico, no tienen el carácter de privados o de reservados, sino también, porque su inspección o fiscalización por los organismos del Estado a quienes la ley les confiere esta función, es parte del control estatal para velar que todos aquellos que se dedican a una actividad económica cumplan con sus respectivas obligaciones, que pueden ser de carácter laboral, tributario, de seguridad social o cualquier otra que se relacione con las actividades lícitas que deben cumplir dichos agentes económicos. En este sentido, si bien es cierto que no existe un derecho absoluto de reserva por el dueño, también lo es, que las acciones que se tomen sobre los libros, comprobantes y documentos no pueden incluir su sustracción o incautación, si es que no existe orden judicial que lo autorice. Esto último explica el por qué los organismos estatales de control, sin perjuicio de tener por ciertas en forma ficta determinadas afirmaciones sobre el contenido de ciertos documentos, tienen la potestad de imponer sanciones económicas cuando alguien que se encuentre sujeto a inspección o fiscalización, no cumple con presentar los documentos que se le requieran dentro del plazo que al efecto se le concede, pues de otro modo, no podrían tener el carácter de evidencias probatorias con eficacia jurídica en el caso de detectarse alguna infracción. Aunque incluso en este supuesto, cabe señalar que la exigencia formulada, se cumple poniéndose a disposición de la autoridad que lo solicita, los documentos requeridos para los efectos de su examen correspondiente.

Libertad de residencia y derecho al libre tránsito

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería. (...)"

Este inciso reproduce con una mejor técnica de redacción, la norma establecida por la Constitución de 1979, inspirada a su vez en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el numeral VIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre. Mediante ella, se cautela una libertad que también es clásica en el constitucionalismo, la misma que contiene implícitamente a otras libertades, y que para una mejor apreciación se detallan a continuación:

- Libertad de elegir el lugar de residencia.
- Libertad a transitar por cualquier lugar del territorio nacional.
- Libertad de permanecer en cualquier lugar del territorio nacional, lo que se desprende como una consecuencia lógica de la anteriormente señalada.
- Libertad de salir del territorio nacional.
- Libertad de entrar al territorio nacional.

De manera que la violación de esta libertad contenida en las formas aludidas, se produce cuando cualquiera de estos cinco derechos es conculcado injustificadamente a cualquier persona. En tal caso, y aunque para algunos la garantía del libre tránsito no puede ser tomada en esencia como una garantía personal ³², el afectado tiene la opción de recurrir a la acción constitucional de *habeas corpus* para exigir la restitución del derecho correspondiente.

Sin embargo, al mismo tiempo se establecen tres excepciones, que pueden ser:

- Por razones de sanidad.
- Por mandato judicial.
- Por aplicación de la ley de extranjería.

Esto nos permite diferenciar el ámbito a que están referidos cada uno de los casos establecidos por la norma. De este modo, las razones de sanidad a que se alude pueden ser declaradas administrativamente, debiéndose entender como la necesidad de prevenir o evitar la entrada de epidemias o de enfermedades extrañas que provengan de otros países. Aunque también admite el que pueda ser declarada al interior del territorio nacional, cuando se presentan casos de catástrofes o de algún otro evento que justifique una restricción temporal de cualquiera de los derechos enunciados.

En cuanto al mandato judicial a que alude la norma, deben tenerse en consideración varias situaciones que podrían dar lugar a diferentes casos hipotéticos. En efecto, un caso sería cuando la orden deba impartirse con la finalidad de cumplir determinadas actuaciones judiciales como por ejemplo, la extradición de un ciudadano peruano reclamado por la justicia

³² MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES; ob. cit., pág. 103.

nacional y que haya fugado al extranjero (en donde se le ubicó y detuvo), o de la conducción forzada de una persona para poder efectivizar alguna diligencia judicial, como sería para prestarse una declaración testimonial o practicarse el reconocimiento judicial por un tercero que no es parte en el proceso, e inclusive, el de un reo contumaz requisitoriado por rehuir a la acción de la justicia. También puede darse este supuesto, en el caso de una sanción penal que haya sido impuesta al término de un proceso judicial como sería el caso de la denominada condena condicional, que consiste en fijar determinadas reglas de conducta de observancia obligatoria por parte del sentenciado durante el tiempo que dure su condena, y que por lo general son las de no ausentarse del lugar donde reside sin permiso del juez, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que le sean fijados, entre otras. Similar situación puede presentarse cuando dentro de un proceso penal el inculpado es beneficiado con el mandato de comparecencia, o, habiéndosele ordenado la detención se le concede el beneficio de la libertad provisional, casos en los que obligatoriamente el juez debe imponer tales reglas de conducta personal. En cambio, es totalmente distinta la situación que surge cuando como consecuencia de un proceso penal se le impone accesoriamente al reo una pena restrictiva de libertad, y que de acuerdo al artículo 30 del Código Penal, puede consistir en la expatriación hasta por un máximo de 10 años para los nacionales, y el de expulsión del país cuando se trata de extranjeros; casos en los que estas sanciones deben aplicarse, únicamente después de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto judicialmente por la comisión de un hecho delictuoso.

Respecto a las leyes de extranjería, cabe señalar que el régimen jurídico establecido internacionalmente obliga al uso de pasaportes, visas, salvoconductos, etc. para que una persona pueda ingresar o salir legalmente de cualquier país. De este modo, si un extranjero hubiera ingresado en forma clandestina al Perú —es decir, sin tener sus documentos en regla—, o se hubiera vencido el lapso de tiempo cuya permanencia en el país estuviera autorizado, se procederá a su inmediata expulsión del territorio nacional, bastando para ello la emisión de una resolución administrativa por parte de las autoridades de extranjería.

De otro lado, este dispositivo tiene directa conexión con el derecho consagrado en el inciso 21 de este mismo artículo, que está referido al derecho de los peruanos a obtener o renovar su pasaporte, dentro o fuera del territorio de la República. Al respecto, se han dado algunos casos —muchos de ellos con un claro trasfondo político— en los que este derecho ha sido conculcado arbitrariamente por parte de algunas autoridades administrativas de migraciones, tal como ha quedado registrado en los anales judiciales a través de diferentes acciones constitucionales que se han debido ventilar por causa de semejante acción ilegal, y en los que la autoridad jurisdiccional ha tenido que intervenir ante el requerimiento de los afectados, para restituir el correspondiente derecho constitucional trasgredido.

Finalmente, cabe señalar que la libertad de tránsito a que se refiere este inciso, es también otro de los derechos que pueden ser suspendidos excepcionalmente por el Gobierno Central, según lo expresamente dispuesto por el artículo 137 de la Constitución.

El ejercicio de este derecho se protege constitucionalmente a través del Habeas Corpus regulado en el Código Procesal Constitucional, el mismo que procede no sólo contra cualquier impedimento físico o de una amenaza inminente, sino también cuando se atenta de alguna forma contra el ejercicio de los derechos conexos, como son la obtención o renovación del pasaporte a su vencimiento.

Libertad de reunión

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas. (...)"

La libertad de reunión a que se contrae este inciso, es otra de las garantías que pese a ser clásica en el constitucionalismo, sin embargo, no fue explícitamente reconocida en nuestro medio sino hasta cuando se sancionó la Constitución de 1920, siendo posteriormente reproducida por las del año 1933 así como por la de 1979; de manera que la Carta vigente, no ha hecho más que seguir el derrotero de sus precedentes constitucionales. Como es obvio suponer, este derecho es esencial para la vida social y política del ser humano, porque sólo en la medida en que éste se encuentre en contacto permanente con sus semejantes —a través del intercambio de ideas y experiencias—, y proceda aunando esfuerzos para el logro de objetivos comunes, puede ser capaz de obtenerse el progreso de la sociedad. Esto es consustancial a la propia naturaleza del ser humano, tanto más que como lo refiere Aristóteles —atendiendo a su peculiar característica de ser sociable y requerir de los demás— el hombre es un animal político. Por esta razón, resulta imposible emular la historia de un Robinson Crusoe en la sociedad humana, cuya existencia sólo cabe admitirse literariamente pero no en la vida real.

Es importante remarcar, que el derecho de reunión debe ejercerse en forma pacífica y sin armas, pues el incumplimiento de este último aspecto conllevaría a una evidente desnaturalización de dicha libertad constitucional. Ciertamente, esta prohibición adquiere especial significación en el caso de que las reuniones se realicen en locales privados o en lugares abiertos al público (cines, teatros, estadios, discotecas, peñas, etc.), ya que al no requerirse de dar aviso previo a la autoridad, ésta, no puede impedirles ni disolverlas, en el entendido de que habrán de realizarse sin alterar el orden público o de poner en riesgo la vida o la integridad de las personas que pudieran asistir. Desde luego, la eventualidad de que una o varias personas porten armas al interior de una reunión, constituye un factor de latente peligro para las demás personas concurrentes al acto de que se trate, pudiendo dar lugar en casos extremos —según las características que revistiesen los hechos producidos— a la comisión del delito contra la seguridad o la tranquilidad públicas en cualquiera de sus modalidades típicas establecidas por el Código Penal, sin importar para ello, que el agente cuente o no con autorización para portar armas. Ahora bien, en el hipotético caso de que el agente no posea el permiso respectivo, se configurará además, el ilícito consistente en el hecho de portar armas sin autorización de la autoridad competente, lo que deberá ser apreciado de acuerdo con las circunstancias, ya sea atenuando o subsumiendo ese hecho en otro de mayor gravedad para los efectos de establecer la pena correspondiente.

Asimismo, por tratarse de una libertad constitucional que tiene una gran trascendencia debido a las implicancias políticas que entraña su ejercicio, con todo acierto se prescribe, que las reuniones convocadas en plazas y vías públicas exigen un anuncio anticipado a la autoridad (que para el caso es la Prefectura o la Sub-prefectura en cuanto corresponda). Se trata, evidentemente, de una manera de prevenir y garantizar el mantenimiento del orden público, en la medida de que esta es una de las formas en que por lo general se expresan

algunos de los denominados grupos de presión social para formular sus pretensiones o manifestar sus opiniones. Como quiera que este tipo de reuniones pueden prohibirse únicamente "por motivos comprobados de seguridad o de sanidad públicas", indudablemente que esta constituye una de las llamadas "ventanitas" que a menudo es utilizada por los gobiernos de turno, para omitir eventualmente, dar cumplimiento a la norma constitucional cuando el ambiente político interno no les es propicio para sus intereses.

Por lo demás, y debido a la gran importancia que los gobernantes le asignan al ejercicio de esta libertad —pues se trata de una forma concreta en que la ciudadanía organizada se expresa políticamente—, el derecho de reunión también puede ser suspendido temporalmente, durante los estados de excepción que establece el artículo 137 de la Constitución, con la posibilidad de que se amplíe indefinidamente por el Gobierno Central, al término de cada plazo legal establecido mediante Decreto Supremo.

Libertad de asociación

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

- 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa. (...)"**

La presente disposición, guarda consonancia con el artículo 20-inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, aprobada por el Perú sin observaciones el 9 de diciembre de 1959, que señala literalmente: "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación". Es importante destacar, que la cautela de esta libertad individual subsiste prácticamente desde la caída del antiguo régimen feudal. Al efecto, recordemos que durante esta época, las viejas corporaciones medievales tenían reservadas para sí, el irrestricto monopolio legal en relación a la práctica o el ejercicio de alguna actividad económica, ya que para poder ejercer un oficio, arte o industria, era necesario pertenecer al gremio respectivo. Pero con la caída del absolutismo feudal y el surgimiento del constitucionalismo, dicha exigencia fue dejada de lado definitivamente.

Ahora bien, a pesar de que la norma garantiza el derecho de asociación de las personas en forma genérica, se observa sin embargo, un explícito interés en cuanto se refiere a la constitución de organizaciones sin fines de lucro. Esto tiene importancia desde una óptica sociológica, por cuanto "las personas que constituyen los grupos sociales —señala JAIME CASTRO³³— lo hacen en razón a determinados intereses que son compartidos por todos los asociados produciendo actitudes subjetivas manifiestas. En este sentido, los intereses pueden ser distinguidos con intereses semejantes e intereses comunes. Aunque existe ambigüedad en las palabras, lo semejante es considerado como lo que poseemos distributivamente, privadamente cada uno para sí mismo. Lo común es lo que tenemos colectivamente, aquello de que participamos sin repartírnoslo... se puede sostener —concluye— que las asociaciones se desarrollan como medios o formas de conseguir algunos intereses."

³³ JAIME CASTRO CONTRERAS: "SOCIOLOGIA PARA ANALIZAR LA SOCIEDAD". Editorial Universal, Lima, Perú, 1986; pág. 72.

En el ámbito jurídico, esta libertad implica la posibilidad de que las personas puedan organizarse en instituciones, para realizar los más diversos fines de acuerdo con su interés, los cuales pueden tener distinto carácter: culturales, sociales, deportivas, económicas, políticas, religiosas, científicas y de beneficencia, entre otras. Es así, precisamente, como surgen las Fundaciones, Asociaciones, Sindicatos, Federaciones, Clubes, Cooperativas, etc. Se da por entendido, que este derecho debe ejercerse libremente y no como producto de una obligación, ya que no se puede imponer en forma coactiva, como sucedería por ejemplo, en el caso de que los obreros de una empresa fueran obligados a integrar forzosamente un sindicato, o en el sentido contrario, que los miembros de un organismo gremial fueran coaccionados a desafiliarse por acción de la patronal. Obviamente, el derecho de las personas a asociarse, conlleva igualmente, la libertad que tienen las personas para apartarse de las instituciones que integran, cuando así lo consideren conveniente para sus intereses. Es importante precisar en este punto, análogamente, que esta libertad debe ejercerse con fines lícitos, ya que al constituirse las asociaciones "con arreglo a ley", ésta, delimita los alcances del marco jurídico que debe observarse con carácter obligatorio. En esta medida, por ejemplo, las asociaciones delictivas como las bandas de asaltantes o de traficantes, así como los terroristas que militan en "Sendero Luminoso" o en el "Movimiento Revolucionario Túpac Amaru", no son asociaciones que la ley permite sino que por el contrario, castiga en forma drástica.

Al hacerse hincapié especial en lo relativo a la constitución de organizaciones sin fines de lucro, resulta evidente que se quiere remarcar el interés del Estado en propiciar la formación de este tipo de asociaciones, sin duda, debido a los fines solidarios y altruistas que las caracteriza. Esta es una diferencia notable con respecto a la regulación que dicha libertad tuvo en la Constitución de 1979, ya que al no hacerse ninguna distinción en cuanto a las personas jurídicas a las que se refería específicamente la Carta abrogada, llevaba a confusión en cuanto a las sociedades mercantiles, puesto que podía considerarse aplicable por extensión igualmente a éstas, el capítulo referido a los derechos y deberes fundamentales de la persona. Dicha incongruencia fue señalada en su oportunidad por OSCAR MACEDO, quien rechaza a las sociedades mercantiles porque en su opinión, son "criaturas que no están dotadas de un cuerpo ni de un espíritu, que no saben por eso de ideales ni de sentimientos, sino únicamente de odios, mezquindades y egoísmos, como es el caso específico de la sociedad anónima, [a quienes] se pretende darles la jerarquía de seres humanos [está referido a la Constitución de 1979 (N. del A.).]" ³⁴

En este sentido, coincidimos con MARCIAL RUBIO, cuando afirma que la Constitución garantiza esta libertad únicamente a las organizaciones sin fines de lucro, "porque las que realizan negocios de los más diversos tipos tienen que cumplir determinados requisitos para establecerse y continuar existiendo a fin de proteger a quienes sean sus acreedores, o para regular la seguridad y otros aspectos de su producción" ³⁵. Este es el caso de las empresas industriales, bancarias, financieras, compañías de seguros, etc. que se constituyen con evidentes fines de lucro, pudiéndose incluir en este género igualmente, a aquellas entidades que desarrollan sus actividades en la prestación de determinados servicios públicos, tales como las instituciones privadas de formación profesional, entre las que se cuentan las Universidades Particulares e Institutos Superiores, que, como es sabido, hacen de la educación un rentable negocio.

³⁴ OSCAR MACEDO LOPEZ; ob. cit., pág. 166.

³⁵ MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 25.

Msc

Añade la norma constitucional, que las organizaciones sin fines de lucro no requieren contar con autorización previa para su conformación. Sin embargo, esto no las exime de observar las formalidades que la ley establece para poder obtener su reconocimiento válido, ni de la obligación que tienen para desarrollar sus actividades institucionales con fines lícitos y un propósito determinado.

Por último, se establece que este tipo de instituciones jurídicas no pueden ser disueltas por resolución administrativa. Esto guarda concordancia, precisamente, con el aspecto referido a la libertad personal de los miembros que la integran, no sólo porque en algunos casos se requerirá de escritura pública para formalizar su existencia —instrumento en el cual se establece el procedimiento que según el estatuto social debe seguirse para los efectos de su disolución— sino también, porque aun en el caso de que para su funcionamiento legal sólo requieran ser registradas por algún órgano o dependencia estatal autorizado por ley, si sus miembros no toman esa decisión, no cabe entonces, disponer su disolución a través de una resolución administrativa adoptada *per sé*. Este es el típico caso de los Sindicatos y demás organismos laborales de carácter gremial, que de acuerdo a ley son registrados por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, pero que no por esta circunstancia pueden ser disueltos mediante Resolución Administrativa, si es que sus afiliados no aprueban tal determinación de conformidad con su Estatuto sindical.

Libertad de contratar

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...)"

Se ha dicho, con evidente sentido determinista, que la vida del hombre parece estar marcada por la paradoja de tener que vivir contratando permanentemente, debido al hecho de que en efecto, esta es la institución del derecho a la que con más frecuencia se recurre para satisfacer las necesidades de la existencia diaria, desde las más simples y banales hasta las más complejas e importantes. Esto evidencia la gran importancia de los contratos en la vida moderna, "al extremo que pareceríamos envueltos en una red —refiere el Profesor MAX ARIAS SCHREIBER ³⁶— dentro de la cual se realizan las más variadas finalidades de la vida económica. Basta efectuar un supuesto recorrido del quehacer diario para encontrarnos con hechos que no hacen sino confirmar esta afirmación."

Históricamente, el origen de los contratos es tan antiguo como el derecho mismo. Refiere MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE ³⁷ —a la sazón, uno de los autores del Código Civil vigente— que en el Derecho romano clásico, la palabra "contractus", no tuvo por significado el acuerdo de voluntades que actualmente tiene, pues aludía a la relación jurídica o al vínculo obligatorio en sí (es decir, la obligación) derivada de una conducta lícita o ilícita. El

³⁶ MAX ARIAS SCHREIBER PEZET: "EXEGESIS". Ediciones Librería Studium, Primera Edición, Lima, Perú, 1986; Tomo I, pág. 13.

³⁷ MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE: "EL CONTRATO EN GENERAL". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 1991; Tomo I, pág. 31.

sentido que se le reconoce como acuerdo de voluntades (consentimiento), sólo adquirió ese significado en el Derecho justinianeo y fue llamado "pactum" o "conventio" y no "contractus", como lo sostiene MANUEL MIRANDA CANALES ³⁸, quien afirma que el término «contrato» proviene del latín "contractus", derivado de "contrahere", que significa concertar, lograr. Por nuestra parte, también consideramos que el "pactum" o convenio es el verdadero antecedente del contrato moderno.

Posteriormente, en el Derecho romano postclásico aparece la acción contractual, que posibilita demandar por incumplimiento o rescisión de contrato. Sin embargo, es importante destacar la anotación que al respecto efectúa JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, quien puntualiza "que en Roma el ordenamiento no presta su fuerza coactiva más que a un *numerus clausus* de contratos, fuera del cual las convenciones podrán tener validez social, pero no tutela jurídica. La voluntad de los contratantes no tiene fuerza para crear un vínculo de obligación entre ellos si no se vierte en el molde predeterminado de uno de los tipos de contratos admitidos y protegidos por el ordenamiento... En Roma, todo lo que no es *este contrato o aquel contrato*, con su nombre propio o común, es un «pacto». El *nudum pactum*, es decir, toda aquella convención que no entra dentro del elenco o *numerus clausus* de contratos prevenidos con el Derecho, es ineficaz para crear obligaciones" ³⁹.

Por otra parte, se reconoce al Derecho canónico, igualmente, una influencia decisiva para la formación del concepto moderno del contrato. De este modo, el contrato tuvo valor inicialmente, debido al juramento religioso —acto solemne— con el que habitualmente era acompañado. Sin embargo, paulatinamente se fue abandonando la práctica de exigir el juramento, reconociéndosele el valor pleno del mero consentimiento, llegándose así a afirmar que del nudo pacto sí nace la acción.

Se recoge luego, en la Edad Contemporánea (momento de la codificación vivido en el siglo XIX), el concepto *ius-naturalista* de la autonomía de la voluntad que por entonces se encontraba en pleno auge, el mismo que fuera incorporado en el Código de Napoleón a través del principio que preconiza la idea de que lo libremente querido es justo, contenido en el siguiente precepto: "las convenciones legalmente formadas sirven de ley para las partes". Con el correr del tiempo, este concepto pasó a ser clásico en el derecho, de tal forma que también fue adoptado por el sistema legislativo peruano.

Por todo ello, se estima que el concepto moderno de contrato, aparece como producto de la integración de tres diversas corrientes de pensamiento:

- a) La influencia del Derecho canónico, que le otorgó un valor fundamental al consenso y estableció la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación.
- b) Las necesidades prácticas surgidas del tráfico comercial, que luego llevó a suprimir las trabas que significan las formas solemnes.

³⁸ MANUEL MIRANDA CANALES: "EL DERECHO DE LOS CONTRATOS". Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 3ª Edición, 1995, págs. 44 y 45.

³⁹ JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO: "DERECHO DE OBLIGACIONES". Serie ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL II, Volumen Primero, Parte General, Teoría General del Contrato, JOSE MARIA BOSCH EDITOR S.A., 3ª Edición, Barcelona, España; 1994; pág. 345.

MSC

- c) La doctrina del derecho natural, que proclama la libertad individual y la autonomía de su voluntad.

De esta forma, mientras que el Derecho romano conocía sobre figuras singulares de contratos, los derechos modernos en cambio, le otorgan al contrato una calidad de categoría general y abstracta. Cabe mencionar, que esta idea ha sido recogida por el artículo 1353 de nuestro Código Civil, mediante el cual se prescribe que todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en la Sección Primera del Libro VII denominado "Fuentes de las Obligaciones", salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Ahora bien, no obstante aplicarse sin restricciones el principio de la autonomía privada contractual, muy pronto se generó una extrema situación que, a la postre, originó su propia destrucción. Este resultado, ha sido calificado por algunos autores como una "crisis", la cual se origina en el hecho de que la libertad jurídica, al verse enfrentada ante una situación de desigualdad económica, provocó el abuso de la parte más fuerte al momento de realizarse la contratación. Esta paradójica situación, llevó al Estado a la comprensión de que debía limitarse la libertad concedida a los particulares para que regularan sus relaciones entre ellos, siendo así que se adoptó la decisión de intervenir en la relación contractual para tratar de equilibrar las posiciones desiguales, estrechándose de este modo, el campo de la autonomía privada. Esta nueva orientación, se encuentra plasmada en el numeral 1355 del Código Civil vigente, mediante el cual se establece, que la ley puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, por consideraciones de interés social, público o ético. A esta nueva situación, se le conoce como el fenómeno del *dirigismo* y del *intervencionismo contractual*. Sobre el particular, el jurista MAX ARIAS SCHREIBER (uno de los autores del Código Civil de 1984), señala: "Nuestra posición consistió en introducir una fórmula que permita una adecuada correlación entre los intereses individuales y comunitarios, de un modo tal que la autonomía de la voluntad, al tiempo que conserva su vigencia, no sea absolutamente soberana. Como derivación de este enunciado, la estabilidad contractual ha dejado de ser un dogma y la libertad no debe tener fin exclusivamente egoísta y debe conciliarse con el bien común... En conclusión, la libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción. Esta última tiene que ser, de otro lado, inequívoca y su base de sustentación está expresada en normas de carácter imperativo, o sea que por su naturaleza forzosa no admite pacto en contrario." ⁴⁰

Otro aspecto que también ha dejado sentir su influencia en la contratación contemporánea, es la masificación de las relaciones comerciales, hecho que ha originado la necesidad de adoptar nuevas formas contractuales, dando lugar a la celebración simultánea de una gran cantidad de contratos, cuyos términos no es posible discutir caso por caso, dado el carácter del presente trabajo. Esta circunstancia, genera una relación especial en virtud de la cual, puede afirmarse que a un comercio en masa le corresponde, también, una contratación en masa. Es así como han nacido los llamados «contratos de adhesión», que son una forma peculiar que adoptan estas nuevas modalidades de contratación, aunque también es del caso advertir, que en la doctrina se discute todavía, si por el hecho de que las cláusulas de los referidos documentos figuren en formularios impresos, pueda hablarse de una "adhesión" o si, por el contrario, se trata de una verdadera imposición que atenta contra la libertad de contratación. Por otro lado, y en sentido análogo, la contratación laboral también presenta

⁴⁰ MAX ARIAS SCHREIBER; ob. cit., Tomo I, pág. 102.

MTC

visos de similitud con el fenómeno de la masificación contractual aludida, aunque cabe aclarar al respecto, que su naturaleza es evidentemente distinta. En esta medida, se reconoce dentro de este género, tanto al contrato individual de trabajo (que se produce entre el empleador o patrón con cada uno de sus trabajadores), como al contrato colectivo de trabajo (que proviene de una negociación entre el empleador y el Sindicato u organismo gremial que actúa en representación de los trabajadores en su conjunto).

Por todo ello, cabe señalar que la libertad de contratación a que se refiere la norma constitucional, de una parte, consiste en dejar que las personas realicen sus actividades contractuales con toda la libertad que resulte necesaria. Pero —y de otra parte—, esta libertad debe ejercerse dentro de los parámetros dictados por normas de obligatorio cumplimiento, las cuales no pueden ser omitidas o contradichas por los contratos, so pena de devenir en inválidos o sin ninguna eficacia jurídica. A estas normas de carácter obligatorio, son las que la Constitución denomina «leyes de orden público», y se caracterizan porque marcan el límite legal en que puede expresarse la voluntad de las partes para contratar libremente en cada caso. En buen romance, esto quiere decir que no se puede contratar con fines ilícitos o delictivos, puesto que ello significaría contravenir las leyes de orden público, que en el ámbito de la norma tiene un amplio espectro. En efecto, está referida a las normas de carácter especial que no pueden vulnerarse bajo pena de sanción drástica como puede ser la nulidad del acto jurídico; pero también, a la tranquilidad, a la paz, al comportamiento, a las buenas costumbres y al respeto del patrimonio, entre las más importantes de su género.

Libertad de trabajo

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

15. A trabajar libremente, con sujeción a ley. (...)"

Este inciso enfatiza en primer lugar, la libertad de trabajo, entendida como un aspecto que guarda inobjetable relación con la dignidad social del ser humano, y cuya más genuina forma de lograr su realización es, precisamente, el trabajo. En este sentido, se busca proteger la libertad que tiene toda persona (por el solo hecho de serlo) de poder elegir su actividad ocupacional. Al respecto, se quiere relieves una libertad individual, que evidentemente posee gran importancia en la escala de valores por el que la humanidad ha orientado su marcha desde siempre, y que en este sentido, rechaza todo acto que le sea contrario. Como bien afirma OSCAR MACEDO —enfatizando esta trascendencia—, resulta evidente "que el trabajo es el padre de todas las virtudes, mientras que la ociosidad es la madre de todos los vicios."⁴¹

Desde una perspectiva genérica de la norma, puede decirse que al Estado no le interesa saber si una persona ha decidido subordinar su actividad o si ha resuelto desarrollarla libremente, de la misma manera que le es indiferente conocer si esa misma persona decide con su dinero, adquirir un bien o donarlo a quien mejor le parezca. En el contexto de este inciso, el trabajo está referido a la pura y simple facultad que tiene la persona en la actividad económica, de disponer o no libremente de su fuerza de trabajo, disyuntiva a partir de la cual, precisamente, se generan relaciones jurídicas de diversa naturaleza. Al respecto, el tratadista uruguayo FRANCISCO DE FERRARI, refiere lo siguiente:

⁴¹ OSCAR MACEDO LOPEZ; ob. cit., pág. 196.

MSC

"Estas decisiones por las cuales una persona dispone de su actividad o de sus cosas o, más concretamente, la posibilidad de tomar tales determinaciones, explican el régimen contractual y constituyen su fundamento. Si el Estado interviniera en esas decisiones, suprimiría, como se comprenderá, la libertad individual. Al Estado, pues, no le interesan los contratos como tales por ser en el fondo simples acuerdos tomados entre dos partes para decidir sobre algo que no trasciende la esfera privada ni el ámbito de la autonomía de la voluntad. Le interesan, en cambio, los hechos que en el plano social se relacionan con tales compromisos, como el tráfico, el espectáculo, la construcción de un edificio o, lo que es lo mismo, el trabajo subordinado. Algunas veces estos hechos, por su importancia, suelen estar sujetos a distintas leyes o normas que imponen a los contratantes obligaciones legales." ⁴²

Esto nos coloca ante una doble dimensión jurídica, que con el correr del tiempo ha adquirido vida propia y que es materia de regulación por el derecho del trabajo: libertad de trabajar, sí; pero haciéndolo con sujeción a los alcances fijados por la ley, para las actividades profesionales que se desarrollan ya sea bajo el régimen del trabajo autónomo o del trabajo subordinado, según corresponda. Esto último, justamente, da lugar a lo que PLANIOL y RIPERT llaman «obligaciones legales», para distinguirlas de las que emanan propiamente del contrato civil y que por eso mismo, se denominan contractuales. Como apuntan los estudiosos del derecho laboral, dichas «obligaciones legales» no tienen ninguna relación con el contrato de trabajo, sino con su ejecución; es decir, con la efectiva prestación del servicio, lo que involucra también, a la respectiva contraprestación económica por parte de quien la recibe.

En puridad, la importancia de esta norma radica en que ella expresa una aspiración inherente al ser humano: la posibilidad de poder trabajar, y el de que esta actividad se haga libremente. Desde luego —y en última instancia—, dicha libertad debe ejercerse dentro de los parámetros establecidos por la legislación. En realidad, además de lo anteriormente expresado con respecto a las obligaciones legales, existen también, determinados trabajos que no pueden ser desempeñados dentro de este marco de la libertad personal, por cuanto se encuentran prohibidos por la ley, ya sea porque atentan contra la moral, el orden público o las buenas costumbres establecidas socialmente a través de la ley, que para los fines del caso, están constituidas por las normas de carácter restrictivas o prohibitivas que contiene nuestra legislación.

En síntesis, pues, podemos afirmar que de todo lo anterior se desprende, en principio, la noción de que si bien el trabajo es una obligación, resulta al mismo tiempo, una sentida necesidad humana que el Estado debe promover y ampliar adecuadamente hasta conseguir el pleno empleo de la población, ya que esta es la única manera válida para obtener la realización y dignificación de la persona. Por esta razón, deben adoptarse las medidas legales que sean pertinentes a fin de garantizar, mínimamente, determinados derechos y delimitar ciertas obligaciones de estricto cumplimiento *erga omnes*. Del mismo modo, puede aseverarse también, que el ser humano tiene la más plena y absoluta libertad de poder escoger la actividad ocupacional a la que quiera dedicarse. Y por último, que la profesión, industria, oficio o actividad laboral a la que desee dedicarse o se dedique efectivamente el interesado, no debe estar prohibida o restringida por la ley, como sucedería por ejemplo, con el trabajo de alguna persona que se dedicara al cultivo de sembríos de coca no autorizados, o de quien participara, ya sea en el proceso de su refinamiento o en el transporte, comercialización o almacenamiento del ilícito producto de ésta.

42

FRANCISCO DE FERRARI: "DERECHO DEL TRABAJO". Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, Argentina, 2ª Edición, 1970; Volumen III, pág. 5.

MS

Derecho de propiedad y herencia

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

16. A la propiedad y a la herencia. (...)"

Ambas instituciones jurídicas tienen intrínseca conexión sobre la forma de apropiación de los bienes materiales, la cual está históricamente condicionada por las relaciones que se dan entre los hombres en el proceso de la producción social. Comparativamente, puede decirse que la propiedad constituye el género, en tanto que la herencia, una forma específica de adquirirla. En un sentido económico, cabe distinguir la *propiedad personal* de la *propiedad privada*: mientras que la primera está referida a los objetos de uso personal y siempre habrá de existir; la segunda, aparece como consecuencia del intercambio y depende del desarrollo de los medios de producción, de tal forma que su carácter varía de acuerdo con el cambio operado en los modos de producción, ya que su peculiaridad esencial es la de estar unida a la división de la sociedad en clases. Entre los modos de producción que la historia ha registrado, se cuentan los que dieron lugar al régimen de la comunidad primitiva (caracterizado por la propiedad social), así como al régimen esclavista, el feudalismo y el capitalismo, además de un ensayo fallido del modo socialista, que fracasó por su sensible precariedad y la inconsecuencia para con sus propios fundamentos ideológicos.

Desde una perspectiva ius-filosófica, la propiedad es un derecho natural que debe estar al alcance de toda persona y que debe difundirse a través de los medios que la ley humana regula como forma permitida. Desde un punto de vista socio-jurídico amplio, "la propiedad es el derecho que una persona (el propietario) tiene de usar, disfrutar, disponer y recuperar los bienes a los que tiene derecho"⁴³, de tal modo que el titular ejercita en forma irrestricta esos derechos, sobre un objeto o cosa que le pertenece como dueño exclusivo (dominio). Se dice también —entre las varias acepciones reconocidas— que, en general, es todo aquello "cuanto nos pertenece o es propio, sea su índole material o no, y jurídica o de otra especie.// Facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa.// Objeto de ese derecho o dominio."⁴⁴

Cabe señalar, que en las concepciones sobre lo que debe ser la propiedad existe una fuerte influencia de la Escuela del Derecho Natural, doctrina sobre el derecho ideal que se concibe independientemente a la existencia del Estado, y que descansa en la idea fundamental de un derecho inmutable —derivado de la razón y de la "naturaleza" del ser humano—, cuyos principios permanentemente válidos son simple y llanamente captados por el hombre. Ahora bien, entre los muchos e inmutables principios de esta doctrina, está el de la propiedad, que se entiende como la acción por la cual, basándose en un superior derecho a la vida, el hombre hace suyos y disfruta de los bienes para satisfacer sus necesidades vitales. Es del caso hacer notar, que fue en el período de las revoluciones burguesas en el Occidente (siglos XVII y XVIII), cuando las ideas del derecho natural alcanzaron mayor difusión, siendo así que los partidarios de esta doctrina —Grocio, Spinoza, Locke, Rousseau, Montesquieu, Holbach, Kant, Radíchev, etc.— la utilizaron para criticar el feudalismo así como para explicar el carácter "natural" y "racional" de la sociedad burguesa. De este modo, es como hace ya más de dos siglos que las corrientes teóricas liberales se enfrentaron a los privilegios de la nobleza

⁴³ MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 26.

⁴⁴ GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES: "DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL". Cultural Cuzco S.A., 1ª Edición Peruana, Lima, Perú, 1989, pág. 261.

M.C.

del antiguo régimen monárquico, argumentando que si las leyes permitían a cada persona la posibilidad de ser propietarios se generaría, entonces, una situación en la que todos y cada uno de los ciudadanos serían propietarios de todo aquello cuanto les era necesario. Claro que tan pronto como la naciente clase burguesa logró su objetivo político, dichos postulados se tornaron en un mito para quienes no eran parte de la nueva clase social dominante.

Por otro lado, y desde un punto de vista eminentemente jurídico, cabe mencionar que los términos «propiedad» y «dominio», generalmente se identifican en este plano como si tuvieran la misma significación normativa. Sin embargo, existen diferencias esenciales entre ambos conceptos, ya que como bien distingue ATILIO ANIBAL ALTERINI, la denominación de dominio está reservada "a la propiedad que se ejerce sobre cosas, en tanto la propiedad propiamente dicha recae sobre bienes en general; propiedad es género, y dominio especie... En otros términos: la *propiedad* se refiere a los derechos de contenido patrimonial." ⁴⁵

A manera de complemento, cabe mencionar que el artículo 70 de la Constitución consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad, enfatizando que el Estado garantiza dicha inviolabilidad. Así ha sido regulado desde el primer momento en que se constituyó la naciente República Peruana, pues este derecho fue reconocido desde entonces como una sentida aspiración de la ciudadanía en nuestro país. Finalmente, es conveniente precisar en este punto, que la propiedad puede ser transmitida tanto bajo la modalidad «*inter vivos*» como «*mortis causa*», con sujeción a lo normado explícitamente por el Código Civil.

En lo referente a la herencia, el Profesor MANUEL MIRANDA CANALES define a esta institución como "el patrimonio dejado por el causante, que está constituido por los bienes y otros derechos transmisibles. Para su aplicación —continúa dicho autor— en sentido estricto, deberá deducirse los siguientes conceptos:

- a) Deudas comunes de la sociedad conyugal, art. 317 del Código Civil.
- b) Los gananciales del cónyuge superviviente, art. 318-inc. 5 y art. 323 del Código Civil.
- c) Las deudas propias del causante, art. 309 del Código Civil.
- d) Las cargas de la herencia, art. 869 del Código Civil." ⁴⁶

Esta norma instituye otra vieja tradición que se complementa con el derecho aludido, por la cual, mediante la herencia se produce la transmisión de la propiedad bajo la modalidad «*mortis causa*». A través de ella, los bienes que el causante tuvo en vida, son transmitidos a favor de sus descendientes, ascendientes, cónyuge sobreviviente o parientes más cercanos (que reciben el nombre de "herederos" cuando se trata de la sucesión legal), o cuando parte de sus bienes (que no excederá del tercio de éstos cuando hayan hijos u otros descendientes o cónyuge) o el total de ellos, son dispuestos en vida por su titular a manera de liberalidad testamentaria en favor de una persona a quien se le haya concedido el título de "legatario" para sucederlo en esta condición jurídica.

⁴⁵ ATILIO ANIBAL ALTERINI: "DERECHO PRIVADO". Editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 3ª Edición, 1989; Tomo II, págs. 32 y 33.

⁴⁶ MANUEL MIRANDA CANALES: "MANUAL DE DERECHO DE SUCESIONES". Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 2ª Edición, 1996; pág. 34.

Derecho de participación ciudadana

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. (...)"

Las relaciones entre gobernantes y gobernados, han tenido a lo largo de la historia diversos tratamientos, siendo así que genéricamente se conceptúa en la actualidad, que los regímenes políticos en el mundo contemporáneo se concretan a tres tipos: democráticos, autoritarios y totalitarios. De todos estos regímenes, y a raíz de los acontecimientos políticos vividos en la mayoría de países que integraban el llamado campo "socialista", es evidente que el esquema totalitario predominante en ellos ha sufrido un gran declive, por lo que prácticamente carece de objeto referirse a los mismos.

Las democracias —refiere HÉCTOR SAKUMA—, se caracterizan uniformemente porque "unos hombres determinados, toman las decisiones políticas fundamentales, pero tienen que contar con el apoyo de la mayoría de los ciudadanos. La democracia es un ideal, una meta para el quehacer político diario. Como tal, la democracia es muy difícil de realizar plenamente y las constituciones de los pueblos sólo se limitan a establecer un orden de relaciones entre las instituciones y entre los hombres, con el deseo de que a través de esas rutas se arribe a un puerto próximo del ideal"⁴⁷. Mas, a pesar de todas las dificultades que implica alcanzar este objetivo, resulta por demás evidente, que este sistema político de gobierno es —inclusive hasta nuestros días—, el que mejores beneficios ha representado para el desarrollo de la humanidad en su conjunto.

A su vez, "los regímenes autoritarios —dice MARCIAL RUBIO— recortan o anulan el derecho de participación de la persona en alguna de estas actividades o en todas [se refiere a las enunciadas en el inciso que es materia de comentario (N. del A.)]"⁴⁸. Ello se debe, indudablemente, a la especial circunstancia de que la "estructura del poder es construida de arriba hacia abajo y en la producción autónoma del orden jurídico, los sometidos quedan excluidos de su creación. Inspirados en el postulado de que ciertas minorías (élites) son superiores a las masas y que el jefe posee cualidades excepcionales que lo elevan sobre los ciudadanos. Se tiende a la concentración de poderes en el jefe, a la abolición de los procedimientos electorales o de sus garantías. El principio jurídico del Estado autoritario se condensa en el «interés de la colectividad», interpretado autoritariamente por el más capaz, su derecho se articula como técnica de la autoridad."⁴⁹

Hechas estas diferenciaciones conceptuales preliminares, cabe enfatizar brevemente acerca del sentido que modernamente posee la noción de *democracia*. Sobre el particular, los

⁴⁷ HECTOR SAKUMA MUNDACA: "Los Regímenes Políticos: Conceptualización y Tipología"; en "DEFENSA NACIONAL", Revista del Centro de Altos Estudios Militares, Año III, N° 3, Octubre de 1983, pág. 243.

⁴⁸ MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 27.

⁴⁹ HECTOR SAKUMA MUNDACA; op. cit., pág. 245.

constitucionalistas colombianos CABALLERO SIERRA y ANZOLA GIL, puntualizan lo siguiente: "En la actualidad se entiende por democracia la forma de Estado y gobierno, en la que el pueblo no sólo legitima sino que mediante su participación en iniciativas (peticiones e iniciativas legales) o decisiones (elecciones y votaciones) también gobierna, es decir, colabora en la formación de la voluntad escrita" ⁵⁰. Esta nueva forma de democracia ha sido denominada en el derecho peruano como «*democracia participativa*», por oposición a la tradicional «*democracia representativa*» que hasta principios de la presente década predominaba en nuestro sistema constitucional. Al respecto, cabe mencionar que la «*democracia participativa*» no excluye a la «*democracia representativa*» (llamada también «*democracia indirecta*»); muy por el contrario, ambas formas se complementan, debido a que una forma pura de democracia directa resulta inalcanzable en la actual realidad estatal. Es por ello que en la búsqueda perfeccionista de los mecanismos idóneos que complementen eficazmente los métodos de que hace uso la democracia contemporánea, se apela ahora a esta nueva modalidad, en la consideración de que históricamente se ha demostrado que los elementos plebiscitarios se combinan frecuentemente con el sistema de la democracia representativa.

En tal virtud, se le reconoce al individuo, la capacidad potestativa de poderse organizar con fines concretos y pre-determinados por la ley, a los efectos de poder ejercer su derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, lo que desde luego, es una actividad que siendo de carácter personal, sin embargo, tiene una gran importancia en el desarrollo de cualquier sociedad, debido sobre todo, a las repercusiones que ella tiene para la vida política en general. No sólo porque a través de este medio, es posible la realización individual de quienes forman parte activa de una colectividad organizada, sino también, porque como consecuencia de la materialización de dichas actividades, la respectiva sociedad se verá profundamente influenciada por los efectos —cualquiera que éstos sean— producidos por las mismas. Esto explica que actualmente se postule el llamado desarrollo integral de la sociedad, cuyo eje descansa en la realización de la persona, como condición *sine qua non* para lograr el desarrollo de la sociedad, lo que se expresa en diversos aspectos de la vida cotidiana relacionadas con lo económico, político, social y cultural.

La participación en la vida política, implica la posibilidad de que la persona pueda ejercitar los derechos que tienen directa relación con los asuntos de carácter público que atañen a la sociedad. Cabe precisar, que si bien es cierto este aspecto guarda una estrecha conexión con el derecho de elegir y de ser elegido —como tradicionalmente se ha entendido el ejercicio de la democracia—, sin embargo, no es la única forma en que se expresa este sistema. En efecto, existen otras modalidades de participación que también son importantes, como por ejemplo, la libertad de expresión y de opinión. En este punto se inmersa igualmente la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política del Estado, la misma que de acuerdo con el artículo 35 de la Constitución, puede ejercerse ya sea individualmente o a través de organizaciones políticas como los partidos, movimientos o alianzas.

La participación en la vida económica, se efectúa mediante la intervención de la persona en las diversas actividades de este género, tales como la producción, compra, venta, alquiler, distribución, comercialización, prestación de servicios, etc., etc. En este sentido, la participación individual se produce en base al propio trabajo, mientras que la participación

⁵⁰ GASPAR CABALLERO SIERRA y MARCELA ANZOLA GIL; ob. cit., pág. 134.

MP

asociada implica el desenvolvimiento de dichas actividades a través de las empresas. En ambos casos, conviene tener presente que la ley fija los requisitos, derechos, deberes y las limitaciones correspondientes.

Es inherente a la participación en la vida social, la libertad personal de intervenir en todas las actividades de la sociedad, lo que abarca un amplio plexo de actividades: laborales, deportivas, de recreación, científicas, culturales, filantrópicas, etc. Como es obvio suponer, se propugna que la persona participe en forma individual por sí misma, o que lo haga colectivamente a través de organizaciones reconocidas jurídicamente o no ⁵¹, con la única restricción de que los fines de éstas no deben estar reñidos con la ley, la moral o las buenas costumbres, ni atenten contra el orden público.

La participación en la vida cultural, consiste en la facultad que tienen las personas para intervenir individual o colectivamente en las diferentes actividades culturales que se expresan en la sociedad. Comprende tanto las manifestaciones externas (como las representaciones artísticas o musicales, entre otras), como las manifestaciones internas comprendidas en las diversas facetas referidas a la creación intelectual o artística, así como de la propia identidad cultural de la persona. Conviene puntualizar en este aspecto, que también tendrán derecho a participar en la vida cultural, los extranjeros que aun cuando no pertenezcan a nuestra cultura, sin embargo, residan en el Perú. Lo que por otro lado, nos coloca ante la posibilidad de que ello pueda ser igualmente propiciatorio de un fenómeno diferente al buscado, a riesgo de la consiguiente desintegración de nuestra identidad cultural en virtud de la consiguiente alienación que ello entraña.

La segunda parte de la norma, garantiza el ejercicio de cuatro derechos constitucionales que hoy en día son comunes a todos los sistemas democráticos del mundo: elección, remoción o revocación de autoridades, iniciativa legislativa y referéndum. El primero de ellos, corresponde estrictamente al concepto tradicional de la democracia a que hemos aludido más arriba; mientras que los tres restantes, surgen como producto innovador de la denominada «democracia participativa».

Ahora bien, sobre el derecho de *elección* debemos decir que es la característica principal del sistema representativo en general, que consiste en el acto (sufragio) mediante el cual los ciudadanos concurren a las urnas para elegir a sus gobernantes, ejerciendo así una doble función: *legitimar* el orden jurídico existente y *colaborar* ⁵² en la formación de la voluntad estatal. En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las elecciones, existe una gran controversia en la doctrina, pues algunos consideran que se trata de una función pública, en

⁵¹ Al respecto, aunque la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, según el artículo 77 del Código Civil, la eficacia de los actos celebrados a nombre de ésta antes de su inscripción, queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los 3 meses siguientes de haber sido inscrita.

⁵² Creemos más apropiado el uso del término "colaborar" en lugar de "decidir" —como ingenuamente podría suponerse por aquello de que el poder emana del pueblo— pues una vez que arriban al poder, los gobernantes asumen sus propios planes. Si no, recordemos al actual Presidente, quien cuando era candidato propuso una alternativa diametralmente diferente a la que implementó un mes después de ceñirse la banda, y que curiosamente, era la propuesta básica por la que perdió Mario Vargas Llosa.

tanto que otros lo califican como un derecho. Pero al margen de los alcances teóricos de esta discusión, conviene precisar que interesan más sus consecuencias prácticas. En este sentido, creemos que efectivamente, se trata de la más genuina expresión de la libertad ciudadana en las sociedades de nuestro tiempo, tanto para que el pueblo esté en la posibilidad de optar por los gobernantes y el estilo de gobierno que estos pudieran representar, cuanto para poder manifestar su aprobación o no, con relación a decisiones que evidentemente siempre tienen una gran trascendencia para el desarrollo del país.

Por otra parte, también es algo esencial distinguir entre el acto eleccionario en general y la *votación* propiamente dicha, que es el acto mediante el cual, el pueblo adquiere la posibilidad de pronunciarse sobre un punto preciso sometido a su consideración a través de los procedimientos legalmente establecidos para ello. Por supuesto, no desvirtúa la soberana decisión que entraña dicho pronunciamiento, la eventual circunstancia de que muchas veces al emitirse el voto, la ciudadanía se base, no tanto en el cabal conocimiento de los planes y programas de gobierno en competencia o por la real comprensión del significado del acto electoral en el que participa, sino, guiados por la simpatía o antipatía que casi siempre surge como efecto de las costosas campañas publicitarias que lógicamente anteceden al acto electoral correspondiente.

Desde luego, este fenómeno es parte de un problema no resuelto todavía, y cuyo estudio recién se está iniciando con carácter científico. Al respecto, en la ciencia económica y política contemporánea, se reconoce la existencia de dos especies adicionales de *poder* que tienen lugar en nuestro sistema social: el *poder del capital*, y el *poder de la ciudadanía*. Ambos, subsisten conjuntamente con una tercera forma de poder que formalmente está por encima de ellos, pero que a su vez, y bajo ciertas circunstancias también depende de éstos: el *poder del Estado*. De tal suerte, bien cabe afirmar con toda exactitud, que actualmente existe una interrelación y mutua dependencia entre estas tres formas de poder.

Como es obvio, cada uno de ellos tiene peculiares características que los diferencian entre sí nítidamente, tanto en su acción como en sus efectos. Sobre esta distinción, precisa SAMUEL BOWLES⁵³, que "la relación existente entre los ciudadanos y el Estado no es voluntaria: es obligatoria. Una persona nace en un país y sólo puede escaparse de esta relación cambiando de nacionalidad... Por lo general, las actividades del Estado son colectivas, en el sentido de que el gobierno actúa en nombre de todos los ciudadanos... El Estado *aplica las normas* que regulan nuestra vida social: las normas de la economía capitalista, las normas del gobierno democrático y otras (por ejemplo, las que rigen las relaciones entre los diferentes miembros de una familia). Por otra parte, el Estado también cambia esas normas. Por último, es uno de los principales agentes económicos... En su misión de aplicar las normas, el Estado tiene el poder de sancionar a los que la infringen. Algunas de las actividades importantes en este sentido son: la protección de los derechos civiles, impidiendo los asaltos, violaciones y homicidios; la defensa de la propiedad, impidiendo los robos; y las intervenciones encaminadas a conseguir el cumplimiento de los contratos. La defensa nacional (cuando es verdaderamente defensa) puede incluirse dentro de este tipo de actividades, ya que intenta impedir que otros Estados nos impongan otras normas... Las clases y grupos que se benefician de las normas existentes en un momento dado a menudo intentan que el gobierno las aplique utilizando métodos que les resultan particularmente ventajosos."

⁵³ SAMUEL BOWLES: "INTRODUCCION A LA ECONOMIA: COMPETENCIA, AUTORITARISMO Y CAMBIO EN LAS ECONOMIAS CAPITALISTAS". Alianza Editorial, Madrid, 1990; págs. 241 a 243.

M.C.

Más adelante, este mismo tratadista señala con relación al poder del capital, que "una de las razones por las que los capitalistas tienen un gran poder político se halla en que los recursos económicos a menudo pueden traducirse directamente en poder político. Esto sucede cuando las empresas o los individuos ricos contribuyen a la financiación de campañas políticas; gastan en publicidad para alterar la opinión pública; contratan abogados, expertos y otros para influir en la elaboración y la ejecución de las leyes; y utilizan, mediante otros métodos, sus recursos económicos para influir en el sistema político. El control empresarial de los recursos económicos implica que los empresarios ejercen una considerable influencia política en los gobernantes. Existe una segunda razón, más indirecta, que explica el desproporcionado poder político de los dirigentes empresariales: se trata del hecho de que los capitalistas controlan la inversión y, por lo tanto, determinan el rumbo que sigue la economía... Dado que los capitalistas controlan la inversión y, por lo tanto, tienen la llave para que la economía se encuentre en una situación saludable, los gobernantes a menudo deben hacer lo que desean los capitalistas, con el fin de crear el clima de inversión adecuado. Saben que, a la larga, son los capitalistas los que deciden invertir o no y dónde invertir. Así pues, las empresas pueden hacer una especie de chantaje sobre los gobernantes democráticamente elegidos. Este tipo de chantaje se denomina *huelga del capital*." ⁵⁴

En cuanto al poder de la ciudadanía, dicho autor expresa que este sector se caracteriza por desenvolverse en evidente relación de desventaja frente al poder del capital, y que ambos, son en muchas ocasiones contradictorios. Debido a esta razón, "el poder de los ciudadanos está fuertemente limitado en cuanto a su capacidad para alterar los acontecimientos económicos fundamentales, a menos que estén dispuestos a cambiar las reglas que rigen el funcionamiento de la economía capitalista. Así pues —concluye BOWLES—, un *sistema político democrático* no es lo mismo que una *sociedad democrática*, ya que esta última no sólo habría de rendir cuentas ante la mayoría de las decisiones tomadas en el área política, sino también de las tomadas en el área económica" ⁵⁵. De tal forma, y a la luz de estos conceptos, el derecho de elección —que consiste en la facultad de poder participar en todos los procesos electorales de representantes para el Gobierno Central así como para las Municipalidades, entre otras que pudieran convocarse—, es el ejercicio de un poder evidentemente disminuido en su relación con las otras formas de poder a que se ha hecho mención anteriormente.

De otro lado, la remoción y revocación de autoridades se halla vinculada con lo que en doctrina constitucional se conoce como «*revocatoria del mandato*», institución que se define como la votación popular que tiene por objeto retirar el mandato conferido a los representantes elegidos directamente ⁵⁶. En el Perú, esta facultad ha sido regulada como un «derecho de control», y puede estar dirigida a revocar el mandato de un solo representante elegido o a varios miembros de alguno de los organismos que se constituyen por elección de acuerdo a ley. Además de esta posibilidad, este mecanismo de genuina participación popular está concebido principalmente para disolver una asamblea elegida, bien sea un Congreso o Parlamento, posibilidad que los constituyentes de 1993 se cuidaron mucho en aprobar, sin lugar a dudas, porque este derecho implica la posibilidad de retirar de un cargo electivo a quien se considera en situación de inaptitud para desempeñar las funciones inherentes a dicho cargo, casos de los cuales abundan por doquier.

⁵⁴ *Ibidem*; págs. 255 y 256.

⁵⁵ *Ibidem*; pág. 259.

⁵⁶ GASPAR CABALLERO SIERRA y MARCELA ANZOLA GIL; ob. cit., pág. 141.

En lo referente a la *iniciativa legislativa*, consiste en una facultad reconocida a la ciudadanía para proponer leyes cuya tramitación le corresponde al órgano legislativo. A este respecto, ENRIQUE BERNALES refiere lo siguiente: "Es una atribución popular de democracia directa que les permite a los ciudadanos la participación activa en el ejercicio del poder, no tomando la decisión, pero sí proponiéndola" ⁵⁷. Obviamente, la admisión a debate de la propuesta efectuada por este medio no obliga necesariamente a su correspondiente aprobación por parte del Congreso, pues, a lo único que está obligado este órgano legislativo es a tramitar la propuesta presentada. Esta atribución también se menciona en el artículo 107 para las leyes comunes, y en el artículo 206 para pedir la reforma de la Constitución, requiriéndose en ambos casos de la firma comprobada de un porcentaje de ciudadanos inscritos en la RENIEC.

A su vez, el *referéndum* es un mecanismo constitucional de participación política en materia de consulta popular, por medio del cual, el pueblo votante expresa su opinión con carácter decisorio y definitivo —en favor o en contra— sobre un asunto determinado para el que es convocado con arreglo a las formalidades que fija la ley. En concepto de CARLOS FAYT, esta institución consiste en "el derecho del pueblo a intervenir directamente de la formación y sanción de las leyes o en alguna de las etapas de su formulación y sanción, tanto en el orden constitucional y legislativo como en el administrativo" ⁵⁸. El artículo 32 de la Constitución, establece cuatro situaciones específicas que pueden ser sometidas a referéndum: la reforma total o parcial de la propia Carta Magna; la aprobación de normas con rango de ley; las ordenanzas municipales; y, las materias relativas al proceso de descentralización. Históricamente —y aun cuando nunca llegaría a entrar en vigencia—, la primera positivización y también su primera aplicación, se registra el 4 de agosto de 1793, fecha en que fue sometida a referéndum la Constitución francesa aprobada ese mismo año ⁵⁹. En este derrotero, cabe destacar que fue igualmente a través de un referéndum (realizado el 31 de octubre de 1993), que se produjo la ratificación de la Constitución peruana aprobada por el Congreso Constituyente Democrático en el año 1993, dando cumplimiento a lo dispuesto taxativamente por su Décima Cuarta Disposición Final y Transitoria.

Con respecto al ejercicio efectivo de estos nuevos derechos incorporados por la norma —los cuales se mencionan igualmente en el primer párrafo del artículo 31 de la Constitución—, éste se encuentra regulado por la Ley N° 26300, promulgada el 2 de mayo de 1994 con la denominación de "Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos". Esta norma, establece que son *derechos de participación* de los ciudadanos: a) Iniciativa de Reforma Constitucional; b) Iniciativa en la formación de las leyes; c) Referéndum; d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales regionales; y, e) Otros mecanismos de participación que la ley establece para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales. Asimismo, delimita que son *derechos de control* de los ciudadanos: a) Revocatoria de Autoridades; b) Remoción de Autoridades; c) Demanda de Rendición de Cuentas; y, d) Otros mecanismos de control establecidos por la ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

⁵⁷ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 152.

⁵⁸ CARLOS FAYT: "DERECHO POLITICO". Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 6ª Edición, 1985; Tomo I, pág. 373.

⁵⁹ CARLOS MESIA RAMIREZ: "El Referéndum como mecanismo constitucional de participación política". En "REELECCION PRESIDENCIAL Y DERECHO DE REFERENDUM", Foro Democrático-Fundación Hanns Seidel, 1ª Edición, Abril de 1997, pág. 232.

Como es evidente, la ley no considera en su normatividad lo concerniente a la remoción de los Congresistas (aun cuando ello pudiera inferirse a partir de una interpretación gramatical sobre la denominación genérica que se hace acerca de las «autoridades»), y no obstante las duras críticas presidenciales realizadas en su momento para justificar el cierre del Parlamento en el año 1992, y su reiterado anuncio de que en la nueva Constitución también se habrían de incluir mecanismos para prevenir que una autoridad parlamentaria corrupta o incapaz para el cargo permaneciera en el mismo durante todo el período legal de su mandato, sin embargo, lo cierto es que no se ha querido tratar expresamente esta posibilidad. Bien cabría aseverar, que esta omisión fue el único punto en el que hubo una coincidencia unánimemente y total por parte de la representación nacional. Y a su turno, que el Presidente de la República aceptó conceder esta licencia a sus partidarios, porque a diferencia de la coyuntura anterior —en donde el oficialismo no tenía el control del Parlamento—, en el marco del nuevo contexto político generado, se convirtieron esta vez, en la mayoría dominante en el Congreso.

Por último, estimamos necesario puntualizar que debido probablemente a la inobjetable trascendencia política que el contenido de este derecho entraña para las acciones decisorias del actual régimen gubernamental, la efectividad de esta disposición ha quedado prácticamente anulada —fundamentalmente con respecto al referéndum—, al recortarse las posibilidades reales de su ejercicio regular, estando a los excesivos requerimientos que son exigidos mediante ley aprobada por el Congreso de la República. Y con ello, se diluye sensiblemente la posición activa del pueblo para gobernar —a través de la participación ciudadana— tal como es postulado por la norma.

Reserva de convicciones y secreto profesional

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional. (...)"

Aunque en su esencia, este derecho está emparentado con las libertades de conciencia y de religión —en cuyos dominios se le ha comprendido tradicionalmente—, a partir de la abrogada Constitución de 1979, aparece regulado como una institución autónoma en nuestra legislación constitucional. Explícitamente, "mantener reserva" constituye un atributo consustancial de la personalidad, y consiste en el derecho que tienen las personas para decidir libremente expresar o no sus convicciones —ya sea en todo o en parte—, y con relación a todos o a algunos. Desde la óptica constitucional, se trata de un derecho que es consustancial a la libertad del ser humano, dado que a nadie se le puede obligar a expresar sus pensamientos y convicciones íntimas si es que no tiene esa determinación. En este sentido, constituye una suerte de secreto, que como derecho le pertenece en forma irrestricta al hombre, el mismo que adquiere una mayor significación cuando se trata de sus convicciones internas. De modo que proceder en sentido contrario —o sea, en contra de la voluntad de la persona—, conlleva un evidente violentamiento de esa libertad, que, a juzgar por los casos conocidos públicamente, implican en su mayoría, la inminente perpetración de atentados previos contra la salud física del afectado, sobre todo y muy especialmente, cuando están referidos al ámbito político.

MS

Por esta razón, es necesario tener una clara noción sobre el contenido que encierra el vocablo «Convicción». Al respecto, el Diccionario de la Lengua Española consigna los significados siguientes: "*Convicción* (del lat. *convictio, onis*) f. *convencimiento*.// 2. Idea religiosa, ética o política a la que uno está fuertemente adherido. U.m. en pl. No puedo ordenar en contra de mis *CONVICCIONES*." "*Fidedigno. na.* (Del lat. *fides, fe* y *dignus, digno*) adj. Digno de fe y crédito". ⁶⁰

Como se puede apreciar, se trata de un concepto que tiene una honda connotación subjetiva, y que aun cuando no es sinónimo del concepto «verdad», sin embargo, está íntimamente ligado al proceso del conocimiento, en la medida que expresa una valoración personal que entraña un nivel de convencimiento. De allí que muchas veces, pese a considerar que el conocimiento logrado es claro, o a tenerse el convencimiento o la fe de haberse descubierto la verdad sobre un caso dado, todavía no se haya alcanzado realmente ésta en toda su plenitud, y se esté todavía en cierto grado de error; o, por el contrario, que este estado subjetivo coincida por azar con la verdad alcanzada en ese caso concreto, a partir de lo cual se efectúa una generalización precipitada sobre el asunto. Más aún, nada impide tampoco, para decir que se tiene convicción de que la trayectoria compleja del conocimiento sobre un caso dado todavía está en el grado de probabilidad.

Para una mejor ilustración acerca de este tema, citamos seguidamente, la sapiente definición que nos brinda el Profesor FLORENCIO MIXAN MASS:

"Para nosotros —afirma el prestigiado autor— la *convicción* es la firmeza, la seguridad, el convencimiento de haber descubierto en el caso dado la verdad o la falsedad o el error. Cuando esta firmeza subjetiva de convencimiento coincida con la verdad plenamente descubierta en el caso concreto adquirirá una consistencia irrefragable, pues en tal caso la *convicción* adquiere también un fundamento real suficiente. En cambio, si el sujeto cognoscente asume un convencimiento, la fe de que está en posesión de la verdad, pero en realidad, está equivocado; entonces, esa seguridad o convencimiento o fe está viciada por el error que determina su inconsistencia. Dada la falibilidad humana, es posible el riesgo, la posibilidad que en algún caso la convicción esté viciada por el error." ⁶¹

Aunque la norma hace referencia en su parte final a las convicciones "de cualquier índole" en forma genérica, sin embargo, existe un especial énfasis con respecto a tres formas específicas de éstas en particular: las de carácter políticas, filosóficas y religiosas. Las convicciones políticas, están relacionadas con las opiniones que tiene la persona acerca de los asuntos públicos y de quienes participan en ellos; las filosóficas, aluden a todo un amplio plexo de tendencias a que dan lugar las actividades del pensamiento humano en su esfuerzo por la comprensión de la realidad, las mismas que históricamente han pertenecido a una de las dos grandes Escuelas existentes: el materialismo y el idealismo; las convicciones religiosas, aun cuando desde una perspectiva filosófica pertenecen al idealismo (la idea de un «Dios-espíritu» prevaleciendo por sobre el «cerebro-materia»), en este contexto debe entenderse como la libertad de creer (en una acepción referida a la fe), y a partir de ello, profesar

⁶⁰ "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Vigésima edición, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1984.

⁶¹ FLORENCIO MIXAN MASS; ob. cit., págs. 41 y 42.

cualquiera de las diferentes variedades religiosas existentes: catolicismo, protestantismo, evangelismo, mormonismo, budismo, islamismo, etc., etc.

En la parte final de la norma, se reconoce que la persona tiene *derecho a guardar el secreto profesional*, lo que debido a la característica de constituir un secreto, entraña al mismo tiempo, un deber para el titular. Con esta denominación, se protege la potestad que tiene toda persona investida de un título profesional, a guardar reserva sobre el conjunto de ideas y el conocimiento de hechos o circunstancias que hubiera adquirido como consecuencia del ejercicio regular de una actividad profesional que se encuentre debidamente reconocida por el Estado. Sin embargo, debemos precisar que no todas las profesiones están obligadas al secreto, siendo clásicos en este género los casos del médico con respecto a sus pacientes, el del abogado en relación a quien solicita de sus servicios, el del sacerdote con referencia a la inviolabilidad de la confesión recibida, y, en los últimos tiempos, el de los periodistas en lo concerniente a sus fuentes de información. La finalidad que persigue la norma es garantizar a quien recurre a un profesional, de que las ideas, opiniones o hechos que le confie en esta condición, no sean reveladas; ya sea porque el depositario de las mismas pueda ser obligado a ello, o porque éste, pudiera incurrir en alguna infidencia que contravenga dicho deber.

Desde sus orígenes históricos ⁶², este precepto ha tenido una honda connotación de naturaleza eminentemente moral, la misma que se relaciona directamente con la dignidad humana. En efecto, uno de los caracteres que distinguen al hombre de honor, es la observancia del secreto profesional, no sólo con relación a aquello que le ha sido confiado, sino también, con referencia a hechos que puedan acarrear la deshonra o el descrédito de alguien, de lo cual se ha tomado conocimiento a raíz del desempeño en el ejercicio profesional. En este último sentido, es obvio que quien obra de otra manera se hace merecedor, no tanto de la indiferencia, sino más bien del desprecio público. Al respecto, el colombiano EDUARDO RODRIGUEZ expresa lo siguiente: "Si el particular que revela los secretos de otro comete una grave falta contra el honor, esta adquiere mayor magnitud cuando es cometida por aquel que sólo en razón de su profesión ha obtenido una confianza o ha sorprendido los secretos de sus clientes. Pero hay algunas profesiones que exigen con más rigor que otras el más absoluto sigilo acerca de los hechos que dicen relación a ellos" ⁶³. Casi a renglón seguido, dicho autor puntualiza que "no son confianzas que tal vez en un momento de expansión hace un individuo a otro: son las que sólo por una necesidad apremiante hacemos brotar de nuestros labios, contando, eso sí, con la reserva del confidente. Y decimos por una necesidad apremiante, porque para proceder el confidente acertadamente en el caso presentado, necesita se le diga la verdad sin ninguna reticencia o disimulo: destruida la obligación del secreto, no se puede exigir. Ni la ingratitud, ni la venganza, nada, en fin, puede justificar su revelación, con la que cometería el que la hiciera una grave falta que mancillaría, al mismo tiempo que su honor, el de su profesión. Aun cosas que parezcan

⁶² Históricamente, el reconocimiento de este deber se remonta a tiempos muy remotos: en Grecia, surge como una obligación moral que era exigida por Hipócrates (padre de la medicina) en el juramento que les tomaba a sus discípulos; luego, fue impuesta por la Iglesia Católica a los confesores; para después ser posteriormente adoptada por las legislaciones romana y española con relación al Foro. Pero en todas las épocas, ha sido cumplida indistintamente por aquellos que con toda razón han sido llamados «*confidentes necesarios*», en directa alusión a la esencia del secreto profesional.

⁶³ EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES: "Estudio sobre el Secreto Profesional". Serie: Monografías Jurídicas N° 14; Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1980; págs. 13, 14 y 15.

indiferentes o de poca significación no deben escapársele, pues si colocadas en boca de una persona cualquiera tienen ese carácter, asumen uno de mucha importancia en sus labios" ⁶⁴. Por lo anteriormente señalado, justamente, es que si bien el secreto profesional es una obligación de carácter moral, sin embargo, con el correr del tiempo ha sido sancionada en definitiva por casi todas las legislaciones modernas, ya sea incidiendo en el aspecto de la facultad subjetiva (derecho) —como sucede en nuestra Constitución—, o haciéndolo en el aspecto del deber (obligación), como ocurre en la legislación colombiana.

Cabe hacer hincapié en este punto, que según las normas de ética aprobadas por los Colegios Profesionales que de acuerdo a ley agremian a determinadas profesiones liberales en nuestro país, el secreto profesional no sólo es un derecho, sino también, un deber que tiene todo profesional con relación a su cliente. Empero, es conveniente puntualizar un aspecto que trasciende lo puramente ético y que pertenece al ámbito de lo legal, el cual está referido a la distinción que debe efectuarse entre los no siempre claros linderos existentes entre el secreto estrictamente profesional y el encubrimiento, que aun cuando constituyen dos cuestiones que difieren en lo sustancial, sin embargo se confunden muy a menudo, generando múltiples situaciones que tienen contenido penal, y en las que muchas veces se ven involucrados algunos profesionales —inexpertos la mayoría de ellos— debido a la falta de criterio para poder orientar su conducta. Sobre el particular, tal vez convenga tener presente lo expresado por SANTO TOMÁS DE AQUINO, cuando afirma que revelar los secretos en perjuicio de la persona que nos lo ha confiado va contra la fidelidad, pero no así, si se revelan por el bien común, que siempre ha de ser preferido contra el bien personal.

Derecho a la identidad étnica y cultural

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. (...)"

Este inciso, pone de manifiesto un aspecto novedoso que en la Constitución de 1979 no tuvo el carácter de derecho formal que ahora posee, el mismo que en su esencia, guarda una estrecha relación con el desarrollo histórico de nuestra desigual formación económico-social. En esta medida, la identidad étnica y cultural a que se hace referencia en el dispositivo constitucional examinado, forma parte de lo que en realidad es un problema crucial de mayores alcances, que no ha sido debidamente comprendido hasta el momento en toda su amplitud, por las diversas clases dominantes que han estado a cargo de la conducción política del Perú: el que está referido a la *identidad nacional*.

Al respecto, en un sereno y profundo análisis publicado en el opúsculo a que se ha hecho mención anteriormente, el ex-Rector de la Universidad Nacional de Ingeniería, JOSÉ IGNACIO LÓPEZ SORIA, en cita que destacamos a guisa de un revelador antecedente histórico, sostiene literalmente lo siguiente:

⁶⁴ *Ibidem.*

MSC

"En el principio, 1532, fue la agresión. La agresión se convirtió en norma, en ley. Y la ley conformó la sociedad.

Que el principio fue la agresión está fuera de toda duda a pesar de los esfuerzos, de entonces y de después, por revestir la agresión originaria con el ropaje de la civilización, la cristianización, etc.

Que la agresión se convirtió en norma es también evidente. El enorme edificio jurídico constituido durante la colonia, pero no sólo durante ella, tiene como piedra angular el hecho mismo de la agresión originaria. Su primera función es, pues, justificar el hecho que le sirve de basamento para poder justificar después las consecuencias que de él se derivaron. Fue necesario para ello introducir y generar todo un mundo de valores, criterios, actitudes, costumbres, maneras de percibir la realidad, principios éticos, formas de organización social, ritos religiosos, destinos individuales, relaciones humanas, etc. que se fueron constituyendo en norma y en ley y que, de una u otra manera, son objetivaciones sociales de la agresión primitiva y de sus consecuencias, y esto independientemente de que algunos de esos valores, actitudes o principios puedan desempeñar, en otro contexto histórico, una función liberadora.

Finalmente, la ley conformó, es decir, dio forma a la sociedad, no sin conflicto, por cierto. Es más, en la sociedad conformada por la ley la piedra angular es precisamente el conflicto.

Pero más que describir el conflicto prefiero aquí insistir brevemente en el hecho de que la ley da forma a la sociedad moldeándola a su imagen y semejanza.

En principio, la ley no debería ser otra cosa que costumbre, aspiración, etc. devenida en norma. Lo que legitima entonces a la ley y da sentido moral al sometimiento del individuo a ella es el carácter ético de la costumbre que queda encerrada en la forma legal. Lo que quiere decir que todo el edificio de la legalidad, así establecida, descansa sobre la legitimidad que le sirve de fundamento.

Pero en nuestro medio las cosas ocurren exactamente al revés: la ley, que es la forma jurídica de la agresión histórica, se convierte en generadora de costumbres, hábitos, aspiraciones, destinos personales, etc. y, por lo mismo, se transforma en mecanismo de legitimación de las diversas formas de organización social y del comportamiento. Esta inversión objetiva hace que opere en nuestras cabezas una inversión subjetiva que nos lleva a percibir y a valorar según el siguiente criterio: algo es legítimo porque es legal, y, no, como debería ser, algo es legal porque es legítimo.

Yo diría que esta mutación de valores constituye el basamento de la cultura dominante desde 1532 y que, por tanto, todo proceso de culturización, desde esta perspectiva, es un mecanismo de deshumanización. La dicotomía y el conflicto, denunciados una y mil veces a lo largo de nuestra historia, entre lo oficial y lo real, entre el Estado y la Nación, entre las normas y la vida, son sólo manifestaciones de esta contradicción esencial." ⁶⁵

También hay quienes, como MARCIAL RUBIO, afirman que el Perú "es una Nación en cuya formación participaron y participan aún activamente varias tradiciones culturales provenientes de diversos pueblos nativos y del español. A diferencia de otros países, el Perú tiene pluralidad de razas y un riquísimo conjunto de expresiones lingüísticas, artísticas y costumbristas, que debe cultivar y desarrollar como parte del ser peruano." ⁶⁶

⁶⁵ JOSE IGNACIO LOPEZ SORIA; op. cit., págs. 17 a 19.

⁶⁶ MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 28.

MSC

Por ello mismo, si como dice ENRIQUE BERNALES, por identidad étnica se entienden los rasgos de raza que son propios del sujeto y que comparte con los demás que pertenecen a ella ⁶⁷, surge aquí una evidente contradicción, pues, habiendo en el Perú una pluralidad de razas que se diferencian claramente entre sí, entonces, lo que en realidad se estaría promoviendo, sería la división interna del país en cada una de las razas existentes. En este sentido, tal vez sería mucho más apropiado hablar de la integración étnica nacional, como una forma de posibilitar la realización del tan ansiado encuentro que, en el fondo, es el ideal inspirador que subyace en la norma.

En virtud de lo anteriormente señalado, y sin perjuicio de las múltiples opiniones que al respecto se han emitido y se siguen expresando regularmente, creemos que en esta materia, debe legislarse partiendo de reconocer que el Perú es, en verdad, un gran mosaico étnico y cultural. Por eso mismo, propugnar la identidad de estas diversas expresiones que se dan en el plano de la realidad —independientemente de los buenos deseos del legislador constituyente— consiste una tarea de casi imposible realización por ahora, máxime cuando el propio Estado demuestra una alta dosis de inactividad (y hasta diríamos, de franca indiferencia) para encarar este problema con criterios verdaderamente integradores.

De otro lado, al comentar sobre los alcances del inciso 8° del presente artículo, hemos hecho ya una referencia conceptual acerca de la cultura, entendida como la forma de vivir del ser humano a través de su expresión de sí mismo, sus sentimientos y experiencias. Baste añadir ahora, con relación al tema, que en lugar de buscar en el país el sojuzgamiento de unas culturas por otras, debe más bien, promoverse su desarrollo y común enriquecimiento.

El acápite final de la norma examinada, establece en su primera parte, el derecho que tiene todo peruano a hacer uso de su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, lo que en principio, no admite ningún tipo de excepción en cuanto al carácter de la autoridad ante quien deba ejercerse esta facultad, que le es inherente por el solo hecho de su nacionalidad. Obviamente que desde una perspectiva jurisdiccional, esta es una garantía del debido proceso que se encuentra explícitamente reconocida por los dispositivos de carácter procesal, cuando se trata de rendir declaraciones ante una autoridad de esta clase —bien sea que se produzca por citación expresa o motivado por una voluntaria concurrencia—, debido a que si el procesado o el testigo o el perito no hablan el idioma oficial mediante el cual debe realizarse la actividad probatoria, resulta imposible que puedan comunicarse con el Fiscal o con el Juez, según corresponda en cada caso.

Lo mismo sucede con respecto a los extranjeros, en cuyo caso es lógico suponer la necesaria presencia de un intérprete, porque si la persona no conoce el idioma castellano, entonces, no habrá forma posible de lograr que se le entienda con las garantías elementales que ello implica sobre la veracidad de lo manifestado. Aunque cabe enfatizar en este extremo, que a tenor de la norma, este beneficio sólo es exigible cuando el extranjero es citado por la autoridad pertinente, siendo algo potestativo cuando se produce su concurrencia voluntaria. Más aún, debe tenerse presente igualmente, que de acuerdo con el artículo 241 del Código Procesal Civil, para su admisión en los procesos judiciales, los documentos redactados en idioma distinto del castellano, requieren ser acompañados de su traducción oficial o de perito inscrito en el Registro Judicial respectivo.

⁶⁷ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 154.

MSC

Lo realmente significativo de esta disposición es que nos permite corroborar con toda claridad, lo que ya habíamos señalado anteriormente al hacer el comentario del inciso 2º de este mismo numeral, en el sentido de que a pesar de la declaración oficial sobre la libertad idiomática, en realidad, lo cierto es que el único idioma oficial predominante en nuestro país es el castellano. Lo que es una manifiesta consecuencia de la inveterada tradición adoptada desde el momento aquél en que con la llegada del conquistador español, se produjo la irreversible ruptura de nuestro desarrollo histórico natural propio. Debido a esta circunstancia, y no obstante el supremo esfuerzo del legislador por disimular esta realidad, estimamos que el artículo 48 de la Carta Magna —que amplía la fórmula adoptada por el artículo 83 de la Constitución de 1979— no pasa de ser una lírica declaración en este aspecto.

Derecho de petición

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.

Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición. (...)"

En el derecho constitucional clásico, el derecho de petición tiene como función, permitir que los ciudadanos puedan dirigirse a las autoridades para interponerles súplicas o quejas. Pero en los ordenamientos modernos, este derecho se amplía al convertirse en un medio para que los ciudadanos puedan intervenir en la formación de la voluntad estatal y en elemento garantizador del derecho fundamental que tiene todo ciudadano, de colaborar en la formación de la voluntad político-estatal a que hemos hecho alusión en el apartado sobre la participación ciudadana. Aunque como lo refieren GASPAR CABALLERO y MARCELA ANZOLA⁶⁸, también hay algunos autores que consideran por su lado, que el actual derecho de petición no tiene una diferencia tajante con el de la iniciativa, mientras que otros le atribuyen un componente "plebiscitario"; de manera que en este orden de ideas, se le puede atribuir al derecho de petición, un contenido "legal" o un contenido "político", dependiendo en cada caso del asunto de que se trate.

Históricamente, a pesar de que este derecho constitucional pudiera parecer un genuino producto de la democracia contemporánea, sien embargo no es así. Se trata de una práctica de larga data efectuada con un eminente espíritu suplicatorio dirigido hacia el gobernante, la misma que ha sido aceptada, inclusive, en los regímenes más autoritarios que se han conocido a lo largo del tiempo. Sobre su antigüedad, y más específicamente en nuestra patria, podemos evocar a guisa de ejemplo nuestro grandioso pasado Incaico, en cuya época, las peticiones eran hechas por los indios cargando un pesado costal de papas, para que de esa manera pudieran presentarse inclinados ante el Inca. Asimismo, en muchas monarquías autocráticas y feudales como las de algunos países árabes y africanos, *verbi gratia*, se da el caso que los gobernantes reconocen y respetan el ejercicio de este derecho⁶⁹.

⁶⁸ GASPAR CABALLERO SIERRA y MARCELA ANZOLA GIL; ob. cit., pág. 154.

⁶⁹ Estos casos son citados por MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 29.

MSC

En el Perú, el derecho de petición consiste en el reconocimiento que hace el Estado en favor de todos los gobernados, para acudir ante una autoridad de la administración pública a fin de formular individual o colectivamente ante ella —mediante escrito— una determinada solicitud con relación a algún asunto que sea de su competencia. De manera que luego de seguirse el respectivo trámite administrativo, la autoridad tiene la obligación de darle al interesado, también por escrito, un pronunciamiento resolutorio determinando amparar o no, la petición que le ha sido formulada por el respectivo recurrente.

En cuanto a los alcances efectivos sobre quienes pueden ejercer este derecho, se trata de un tema que si bien fue regulado anteriormente por la Constitución del año 1979, a diferencia de ésta, trae ahora como innovación la posibilidad de que también puedan acceder a ella individualmente, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Por otro lado, cabe mencionar que el derecho de petición es una adecuada expresión de la contraprestación a la que está en obligación de brindar el Estado en favor de todos los ciudadanos («administrado», para los fines del comentario), el mismo que tiene su origen en las relaciones que surgen de la dicotomía «poder-deber» que le es intrínseca a su naturaleza organizativa. Al respecto, si bien el Estado tiene el poder de aprobar el ordenamiento del sistema jurídico positivo nacional (es decir, de expedir leyes), el ejercicio de esta potestad genera a su vez, el deber de brindarle tutela o auxilio a todo aquél ciudadano que acuda en solicitud de ello; lo que se expresa en el plano de la realidad social, con la plasmación de este derecho individual. Por supuesto, la forma genuina en que este derecho adquiere concreción y vitalidad plena, es cuando los ciudadanos acuden ante el Poder Judicial en demanda de una tutela jurisdiccional efectiva con el fin de poder restituir la paz social quebrantada, lo que se produce en aquellos casos donde existen conflictos de intereses inter-subjetivos que hacen menester la intervención del Estado, tras haberse agotado previamente todos los esfuerzos pertinentes en la vía extra-judicial (o mejor dicho, ante-judicial) para lograr su cometido.

El derecho de petición obliga solamente a que la autoridad reciba la petición así como a resolverla, pero no a que ella tenga que ser necesariamente aprobada, pues en ejercicio de sus facultades bien puede denegarla. Por esta razón, la autoridad tiene la obligación de darle al interesado una respuesta —también por escrito— dentro del plazo legal, bajo responsabilidad, a fin de que pueda hacer valer su derecho en la forma legalmente preceptuada según el caso.

Sobre el plazo legal referido, la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, establece de manera general a través de su artículo 142 que el plazo máximo para que la autoridad resuelva cualquier procedimiento iniciado —lo que incluye la petición que se le hubiera formulado— no podrá exceder de 30 días hábiles. Resulta también aplicable por extensión en lo pertinente, la Ley del Silencio Administrativo Positivo —Ley N° 29060— que rige excepcionalmente para los procedimientos que se consideran, cuando hayan transcurrido 60 días calendarios sin que se haya expedido Resolución, en cuyo caso, el interesado considerará aprobada su solicitud o fundado su recurso impugnativo, según corresponda.

¿En qué responsabilidad incurre la autoridad que no cumple con resolver la petición formulada dentro del plazo de ley?. Esta es de eminente carácter disciplinario administrativo. En buena cuenta, la posibilidad de que el incumplimiento de esta obligación por parte de la autoridad se sancione disciplinariamente, dependerá del nivel jerárquico que ella desempeñe dentro de la entidad pública ante la cual se ejercitó el derecho de petición. En otras palabras, la pomposa frase por la que se "amenaza" a la autoridad ante quien se formuló la petición, en

el sentido de que incurrirá en responsabilidad en el caso de no dar respuesta por escrito a la misma dentro del plazo de ley, resulta poco menos que una lírica e ineficaz declaración.

La petición puede ser efectuada en forma individual o colectiva. Es decir, la petición puede ser firmada por una o por varias personas a la vez. Pero también puede ejercerse este derecho por las instituciones que se encuentren legalmente reconocidas, tales como las entidades de carácter empresarial, sindical, educativas, ecológicas, etc.

En su parte final, este inciso prescribe que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición. Esto significa, que si bien las personas que integran dichos organismos no están impedidos de la posibilidad de ejercer este derecho, en cambio sí están prohibidos de hacerlo en forma colectiva o institucionalmente, lo que se fundamenta en la condición tutelar que tienen dichas instituciones. De tal forma, esta restricción tiene por objeto preservar la estabilidad interna del país, habida cuenta que tales instituciones tienen entre sus funciones asignadas constitucionalmente, resguardar la seguridad nacional y el orden público interno, de acuerdo con sus propias Leyes Orgánicas.

Derecho a la nacionalidad

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

21. A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República. (...)"

Aunque los fenómenos de la globalización e integración económica de los países, principalmente, son nuevas tendencias que se vienen desarrollando cada vez con más fuerza y amplitud —sobre todo en Europa⁷⁰—, remeciendo profundamente los moldes clásicos de la nacionalidad; lo cierto es que en la actualidad, el mundo sigue estando dividido territorialmente en Estados que se diferencian entre sí, de manera que es prácticamente imposible encontrar un trozo de territorio que no pertenezca exclusivamente a uno de ellos. Esta es, precisamente, la causa por la que se establece el derecho a la nacionalidad que vincula a las personas con un Estado determinado, y cuya más genuina expresión se muestra en el hecho de que para poder morar dentro de un territorio y ejercer los derechos políticos en el Estado correspondiente, se requiere ser nacional de éste. Y a su turno, si una persona quiere viajar fuera del territorio nacional al que pertenece, debe contar necesariamente con un documento de identidad llamado «pasaporte», que lo identifica como nacional de un Estado determinado.

"El Estado —dice GARCÍA MÁYNEZ⁷¹— suele definirse como *la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio*. Tal definición revela que son tres los elementos de la organización estatal: *la población, el*

⁷⁰ Al respecto, el Profesor Peter Häberle afirma que en la actualidad, Europa se encuentra atravesando tal etapa de desarrollo en muchos ámbitos, "que se hace necesario reconsiderar su identidad, sus raíces históricas y su posible futuro" (En "APUNTES DE DERECHO", pág. 9).

⁷¹ EDUARDO GARCIA MAYNEZ; ob. cit., pág. 98.

MSC

territorio y el poder." Desde esta perspectiva, las personas que pertenecen a un Estado componen la población de éste, quienes jurídicamente, desempeñan un doble papel en forma simultánea: como **súbditos** (*objeto* de la actividad estatal), los hombres que integran la población se hallan sometidos a la autoridad política y, por tanto, constituyen el objeto del ejercicio del poder; pero al mismo tiempo, cumplen una función en cuanto **ciudadanos** (*sujeto* de la actividad estatal), ya que participan en la formación de la voluntad general, praxis en la cual son sujetos de la actividad del Estado y que se concreta mediante los derechos políticos, que no pueden ser ejercidos por ningún extranjero.

Es por eso que la pertenencia a un Estado, en principio, se encuentra condicionada por un vínculo jurídico específico: **la nacionalidad**. Sin embargo, esta condición jurídica debe distinguirse de la ciudadanía, que en cuanto concierne al Perú, debe efectuarse teniendo presente lo taxativamente normado por los artículos 30, 31 y 33 de la Constitución. Más aún, cabe considerar igualmente, su concordancia con el artículo 52 de la misma Carta Política, que establece quiénes son peruanos y quiénes extranjeros para el Estado peruano.

Cabe señalar, que los vínculos jurídicos, políticos y sociales concernientes a la nacionalidad peruana, están específicamente regulados por la Ley de Nacionalidad N° 26574 —que deroga la Ley N° 9148 y su Reglamento, que anteriormente regían sobre esta materia— así como por el D.S. N° 004-97-IN que la reglamenta. Al respecto, la nacionalidad peruana puede ser adquirida mediante tres modalidades: por nacimiento, por naturalización, o ejerciendo el derecho de opción.

En lo relativo a la nacionalidad por origen, cabe señalar que son peruanos, todos los nacidos en el territorio de la República. Se presume, asimismo, que los menores de edad en estado de abandono, hijos de padres desconocidos residentes en el territorio nacional, han nacido en el Perú. También son peruanos, los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el extranjero, siempre que durante su minoría de edad sean inscritos en el Consulado del Perú con sede en el país donde se produjo el nacimiento, o, en el caso de tratarse de un mayor de edad que no hubiera sido inscrito oportunamente en el Consulado, mediante solicitud presentada ante las autoridades peruanas del lugar en donde vive, manifestando su deseo de ser peruano.

Es importante destacar, que ni el matrimonio ni su disolución pueden cambiar, por sí solos, la nacionalidad de los cónyuges, ya que para ello, el cónyuge extranjero requiere seguir el trámite pertinente ante las autoridades de nacionalización. Al respecto, cabe señalar que el extranjero mayor de edad domiciliado en la República, adquiere la nacionalidad peruana previa solicitud y obtención de la carta de naturalización, debiendo formular, además, renuncia expresa por Escritura Pública a su nacionalidad de origen.

Ahora bien, cabe agregar que en el caso de los latinoamericanos y los españoles de nacimiento, éstos pueden naturalizarse sin perder su nacionalidad, si es que manifiestan su expresa voluntad de hacerlo así. En este sentido, el peruano que adopta la nacionalidad española o de otro país latinoamericano, no pierde la nacionalidad peruana.

El segundo apartado del inciso, establece literalmente que nadie puede ser despojado de la nacionalidad, norma genérica que no admite excepciones ni discriminaciones de ninguna clase. La *ratio legis* de esta prescripción, se funda en el hecho de que el apátrida —denominación que se da tradicionalmente a quien carece de una nacionalidad— es una

persona en condición de notable desventaja con respecto a los derechos que le corresponden a un nacional de cualquier Estado del mundo. Por esta razón, la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que todas las personas tienen derecho a contar con una nacionalidad, a fin de garantizar que ningún ser humano pueda estar en una situación disminuida en sus derechos con relación a los demás. En concordancia con este principio, el artículo 7° de la Ley de Nacionalidad N° 26574, establece que la nacionalidad peruana sólo se pierde por renuncia expresa ante la autoridad competente, de manera que no es procedente ningún despojo de la misma.

Sin embargo, en la casuística no faltan situaciones en donde a veces se contraviene esta prohibición constitucional, siendo una clara muestra de ello, lo ocurrido en el caso del empresario de origen israelí nacionalizado peruano, Baruch Ivcher Bronstein —lo que por cierto, es un nefasto y grave precedente sobre despojo de la nacionalidad adquirida—, quien fuera privado de ésta en virtud de una Resolución Directoral publicada en el diario oficial "El Peruano" del 13 de julio de 1997, que atacaba una Resolución Suprema (dispositivo de mayor jerarquía administrativa), con el argumento de que en su expediente de naturalización —que no obraba materialmente en los archivos de la dependencia estatal respectiva— se habían detectado serias irregularidades a más de 10 años de que se le concediera la nacionalidad peruana (exactamente, se naturalizó en el año 1984). De hecho, este oscuro proceder no sólo es una trasgresión al artículo 51 de la propia Constitución, sino también, una abierta violación de lo dispuesto por el artículo 110 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que explícitamente establece para esta finalidad, el plazo de 6 meses contados a partir de la fecha en que haya quedado consentida la respectiva Resolución, y siempre que esta decisión sea adoptada por el funcionario jerárquicamente superior al que expidió la resolución que se anula. Sin duda alguna, este acto de naturaleza administrativa tiene un evidente trasfondo político en sus antecedentes, motivado en la férrea campaña de oposición al régimen cívico-militar del Presidente Fujimori que desplegara el Canal de televisión del cual era accionista mayoritario y presidente de su directorio el afectado. Por cierto, este mismo móvil ha sido también en el pasado, la causa de otras arbitrariedades cometidas aun en contra de ciudadanos nacidos en el Perú, como sucedió con Eudocio Ravines y Manuel D'Ornellas, quienes fueron privados mediante Decreto-Ley —durante el régimen militar presidido por el General Velasco Alvarado—, de su nacionalidad peruana por nacimiento o de origen.

La parte final de este inciso, está destinada a asegurar la obtención o renovación del pasaporte, que puede gestionarse tanto dentro como fuera del territorio de la República, recurriendo al efecto a la Oficina de Migraciones (en el Perú), o ante la Oficina Consular correspondiente en el extranjero. Ello resulta indispensable, para garantizar adecuadamente el ejercicio de la libertad de tránsito a que se contrae el inciso 11° del presente numeral. Obviamente, en el caso de negarse injustificadamente este derecho constitucional, queda expedita la vía jurisdiccional para poder hacerlo valer a través de la acción constitucional de *hábeas corpus*. En última instancia, esta norma tiene por objeto garantizar que ninguna persona de nacionalidad peruana, pueda ser víctima de alguna arbitrariedad consistente en negarle la expedición de su pasaporte o renovar el que posea, posibilidad que menudo está latente en la eventualidad de que se produzca una persecución política gubernamental contra el titular. Por lo demás, esta prescripción guarda estrecha relación con un eficaz ejercicio de la nacionalidad, ya que en el caso de no poderse obtener o renovar el correspondiente pasaporte, el afectado no podría hacer uso de ese derecho, y por tanto, estaría en una condición similar a la del apátrida.

MS

Párrafo aparte, merece destacar el comentario del Reglamento de la Ley de Nacionalidad N° 26574, aprobado mediante D.S. N° 004-97-IN del 23 de mayo de 1997, en cuanto este dispositivo de carácter reglamentario faculta administrativamente y por razones "de seguridad nacional" especificadas a través de siete causales, a privar de la naturalización obtenida legalmente por los extranjeros que se hayan nacionalizado peruanos. Es evidente que esta draconiana disposición, no solamente atenta contra la seguridad jurídica de las personas que en ejercicio de su libertad personal hayan decidido adoptar la nacionalidad peruana, sino también, contraviene abiertamente lo establecido por el dispositivo constitucional contenido en la norma sujeta a examen. Por lo que a todas luces, deviene en una norma inconstitucional, teniendo en cuenta que como se dijo líneas supra, el presente inciso prescribe explícitamente la garantía de que nadie puede ser despojado de su nacionalidad. Lo que no admite hacer ninguna excepción con respecto a los extranjeros que hayan obtenido la nacionalidad peruana, toda vez que después de habersele otorgado al extranjero este *status* a la finalización del procedimiento respectivo, es obvio y de pleno derecho, que aquélla es su nueva condición jurídica nacional, la misma que no puede serle negada ni despojada, salvo que medie renuncia expresa del interesado para readquirir su anterior nacionalidad o adquirir una nueva. Más aún, el precitado reglamento resulta nulo y a la vez inaplicable en este extremo, atendiendo a lo normado por el artículo 118-inciso 8° de la propia Constitución, que faculta a reglamentar las leyes, pero sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas —como sucede en este caso—, así como al artículo 51 de la misma, cuya aplicación corresponde ser efectuada a través del «control difuso» que ejercen los jueces, o declarada por efecto de un proceso constitucional de Acción Popular que pueda incoarse al respecto.

Derecho a la paz y tranquilidad

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. (...)"

Esta norma, constituye una de las más logradas innovaciones incorporadas en la Constitución vigente, y tiende a garantizar el derecho que todo peruano tiene a gozar de la paz, vocablo que tiene varias acepciones, pero que en este contexto, constituye un estado de ánimo que implica el sosiego interior de la persona. En este sentido normativo, la paz consiste en un estado de quietud y de plenitud espiritual de la persona, lo que no se condice con ninguna forma de presión exterior que tienda a disminuir su potencial de realización humana, objetivo teleológico éste, que es igualmente propugnado por la primera parte del inciso 1° de este mismo numeral.

En su "Diccionario Jurídico Elemental", CABANELLAS ⁷², consigna las siguientes acepciones sobre la «paz»: "Tranquilidad, sosiego en la vida interna de los Estados, y sobre todo, en las relaciones internacionales entre los mismos.// En este sentido se contrapone a la guerra; al punto que autores como Capitant aceptan como definición de *paz* la puramente negativa de situación de un Estado que no está en guerra con ningún otro.// Buenas relaciones entre familias u otras personas con vínculos jerárquicos, laborales o de cualquier otra índole."

⁷² GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES; ob. cit., pág. 239.

MSP

En un sentido más amplio, MARCIAL RUBIO refiere al respecto, que "la paz es la eliminación de la guerra y la violencia (es la llamada paz negativa); pero es también el establecimiento de condiciones de progreso y realización de todos los humanos (paz positiva)." ⁷³

Desde otra perspectiva, puede decirse que otra de las acepciones de la paz, tiene un neto contenido como antípoda de la violencia, aspecto que en las dos últimas décadas, constituyó la característica más saltante de nuestra sociedad: primero, con la violencia terrorista ⁷⁴, que generó una peculiar "cultura del miedo" entre toda la población, cuyos efectos se perciben todavía con marcada nitidez; y luego, con nuevas formas de violencia urbana perpetrada por la delincuencia común, tanto la organizada en diversas formas de asociación ilícita, cuanto la ejercida individualmente por algunas personas anti-sociales.

Ahora bien, y como ya se ha visto anteriormente, la paz incluye igualmente a la tranquilidad, lo que a decir de ENRIQUE BERNALES, "es tomar las cosas con tiempo y sosiego, es decir, dar a la vida un ritmo moderado, que la haga más saludable" ⁷⁵. En esta medida, la tranquilidad es un derecho que en nuestro país cobra especial importancia, tras haber soportado durante más de 15 años una fratricida como cruel guerra interna en la que los peruanos nos hemos visto sometidos a un permanente estado de zozobra e inseguridad personal. Justamente, entre las secuelas negativas que nos ha dejado este fenómeno, se cuenta la elevada dosis de violencia que cotidianamente se ha venido viviendo en las grandes urbes, y cuyas más notorias expresiones en estos últimos tiempos, está dado en unos casos, por la acción desenfrenada de las denominadas "barras bravas" en el fútbol, que muchas veces arroja trágicos resultados en contra de la integridad de las personas, y cuando no, cuantiosos daños contra la propiedad; o también, por la acción vandálica que en forma organizada ejecutan otros tantos adolescentes y jóvenes en muchos sectores urbanos que no siempre son marginales, y que en este caso reciben la estigmática denominación de "pirañas", por la forma grupal en que atacan a sus víctimas. A lo que se suma, la angustiante situación ocasionada por la violencia urbana que ha desencadenado la delincuencia común, lo que ha obligado al gobierno a impartir una legislación delegada de urgencia, para poder enfrentar en condiciones óptimas, este fenómeno que se cierne amenazante en contra de la ciudadanía en general.

Por otra parte, el disfrute del tiempo libre y del descanso, son dos situaciones que igualmente se le reconocen al ser humano, dado que ellas forman partes constitutivas de su naturaleza como tal. Es por esta razón, que especialmente en los planos laboral y educativo, se establece el derecho al descanso semanal así como a las vacaciones en forma anual, cuya duración varía ciertamente en ambos casos, de acuerdo con la legislación específica que regula cada una de dichas actividades en nuestro sistema normativo. Esta facultad (de índole eminentemente subjetiva), se fundamenta en el supuesto de que durante el tiempo libre y con el descanso físico, la persona recupera energías y se libera del "stréss" —un mal que peligrosamente se generaliza en nuestra época— causado por la actividad diaria; y además, en que ambos aspectos posibilitan la oportunidad de que la persona pueda desarrollar actividades que tiendan a su realización como ser humano.

⁷³ MARCIAL RUBIO CORREA; ob. cit., pág. 30.

⁷⁴ Se incluye aquí, tanto el terrorismo subversivo como su homólogo, el terrorismo de Estado.

⁷⁵ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 165.

Es aquí, precisamente, en donde el deporte surge como una actividad apropiada para optimizar el disfrute del tiempo libre y el descanso personal, lo que se conecta intrínsecamente con el antiguo refrán: «*mens sana, in corpore sano*» («mente sana, en cuerpo sano»). Ahora bien, es sabido que una de las actividades deportivas que más adeptos convoca es el fútbol, pero que también en esta misma medida, constituye uno de los problemas socialmente más álgidos, y que en los últimos tiempos se ha agudizado con la proliferación de una serie de desmanes y actos vandálicos perpetrados por las llamadas "barras bravas", tanto en el mismo desarrollo del espectáculo como a su finalización.

Es así como, en un intento por conjurar estos hechos, fue promulgada la Ley N° 26830 —denominada "Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en Espectáculos Deportivos"—, la misma que no obstante, rige para todo tipo de espectáculos. Para los efectos de esta ley, se considera "barra" al grupo de personas que estén asociadas a un club o a una asociación deportiva debidamente empadronado, para alentar durante el desarrollo de un espectáculo deportivo, al club o asociación deportiva al que pertenezcan. Lo novedoso de la ley, es que en aquellos delitos cometidos con ocasión del espectáculo, *podrán ser* sancionados hasta con un 50% más del máximo de la pena que le corresponda conforme al Código Penal; y, en el caso de que el hecho constituyera una falta, imperativamente se dispone aplicar el máximo de la pena fijada para la infracción cometida. En el caso de haber menores de edad involucrados en estos actos antisociales, se le faculta al Juez de Familia para que pueda imponer como medida socio-educativa, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad hasta por un máximo de doce meses; sin perjuicio, claro está, de disponerse que la persona que tenga a su cargo el ejercicio de la patria potestad o la tutela del menor infractor, asuma civilmente la responsabilidad de afrontar los perjuicios que éste cause (lo que es una obligación proveniente de la patria potestad). Asimismo, se establece que no procede el beneficio de libertad provisional, cuando la pena a imponerse sea superior a los tres años. También se dispone que aquellas personas que porten sin autorización, artefactos pirotécnicos o similares en un espectáculo deportivo, serán sancionadas con la prestación de servicios comunitarios y limitación de días libres de 20 a 40 jornadas. Excepcionalmente, en aquellos espectáculos que sean calificados por la Prefectura o Subprefectura como "de alto riesgo" para la seguridad pública, también podrá decretarse la prohibición del consumo y expendio de bebidas alcohólicas, dentro de un perímetro máximo de cinco manzanas alrededor del lugar en donde se lleven a efecto.

Sin embargo, no han faltado algunos dirigentes de Clubes profesionales que se han negado a implementar el empadronamiento de los "hinchas", bajo el pretexto de que ello significaría reconocerles el "*status*" de socios del Club. ¿No es ésta, acaso, una forma deliberada de "curarse en salud" para pretender eludir responsabilidades personales, en vista de lo draconiano de la norma?. Es evidente que muchos dirigentes de los clubes, son causantes indirectos de algunos lamentables hechos extra-deportivos, debido a la evidente instigación que contienen sus constantes prédicas incentivando una extrema rivalidad, y que casi siempre realizan aprovechando la cobertura brindada por los medios de difusión, que son utilizados como un medio propagandístico para concitar las expectativas y propiciar una mayor asistencia de público, especialmente con ocasión de algunos "clásicos" del fútbol. En cierto sentido, se advierte una semejanza con el clima de guerra que se vive antes de los combates boxísticos pactados por algún título mundial, y que casi siempre, son el preludio de lo que luego acontece tanto dentro del campo deportivo como fuera de él.

En cuanto al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida que prescribe la norma, es sólo recientemente que se le ha dado importancia al desarrollo de su estudio, el mismo que tiene directa relación con la *ecología*. Parte del criterio que el ser humano habita en la Tierra, y que en esta virtud, no puede destruirla sin dejar de destruirse a sí mismo como tal. En este sentido, explica FERNANDO CATALANO, que "la estrecha y compleja ligazón existente entre los distintos factores naturales y artificiales del medio, que conviven en equilibrio químico, físico y biológico, en el espacio y en el tiempo, constituye para los naturalistas un *ecosistema*, y la ciencia que estudia estas relaciones entre los organismos vivientes y el medio que los rodea se denomina *ecología*, expresión creada por el naturalista alemán Ernesto Haeckel en el año 1866 y que proviene de las palabras griegas *oikos* (casa) y *logos* (ciencia), o sea, ciencia del medio ambiente. Cada ser viviente recibe, en un sistema ecológico, la influencia del medio natural en el que actúa; y transmite a la vez su propia influencia a ese medio o segmento de la Naturaleza." ⁷⁶

Por su parte, los biólogos TERESA AUDESIRK y GERALD AUDESIRK, expresan que un *ecosistema* consiste en "una red compleja e interrelacionada de seres vivos y de su entorno no vivo. Un ecosistema puede ser tan pequeño como un charco o tan grande como un océano" ⁷⁷. Interesa precisar en este punto, que dentro de cada ecosistema existen una diversidad de organismos, que en conjunto constituyen una *comunidad* de poblaciones en interacción; en tanto que una *población*, está conformada por todos los miembros de una especie particular (sean estos de la flora, fauna u organismos microscópicos) que viven en cierta región. A partir de estas nociones, es que se define a la *ecología* como "la ciencia que trata la interrelación de los seres vivos y su ambiente. El ambiente consiste en un componente *abiótico* (no vivo), que abarca suelo, agua y clima, y que incluye todas las formas de vida dentro del ecosistema" ⁷⁸. De modo, pues, que la ecología es una disciplina científica muy diversa, compleja y relativamente joven.

Ahora bien, esta concepción involucra toda una amplia gama de derechos y de responsabilidades, que van desde la preservación de la naturaleza hasta el control de las sustancias nocivas para el medio ambiente (en especial, las de uso industrial) y la protección, tanto de la salud pública como de la privada. Esto se debe, en opinión de los especialistas, al hecho de que todo ecosistema es esencialmente dinámico y también frágil a la vez. Es por ello que desde el comienzo mismo de la vida, las especies orgánicas han estado en permanente evolución tratando de preservar su existencia de la agresión externa. Sin embargo, su equilibrio resulta extremadamente delicado, pues cualquier modificación del medio ambiente, puede alterar su estabilidad y provocar consecuencias indeseables para la vida terrestre en la intrincada trama de interrelaciones de un ecosistema. En esta medida, por ejemplo, un cambio climático puede extinguir la vida en una región y convertir en un páramo el ambiente natural, tal como nos consta a los peruanos luego de haber sufrido en diferentes épocas, los estragos naturales ocasionados por el "fenómeno del niño". Desde luego, la actividad humana también tiene mucho que ver en las alteraciones internas de los sistemas ecológicos, tal como lo pone de relieve FERNANDO CATALANO a través de la siguiente reflexión: "El hombre, consciente o

⁷⁶ EDMUNDO FERNANDO CATALANO: "Teoría General de los Recursos Naturales". VICTOR P. DE ZAVALIA-Editor, Buenos Aires, Argentina, 1977; pág. 12.

⁷⁷ TERESA AUDESIRK y GERALD AUDESIRK: "BIOLOGIA, LA VIDA EN LA TIERRA". Prentice-Hall Hispanoamericana S.A., 4ª Edición, México, 1997; pág. 849.

⁷⁸ *Ibidem*, págs. 849 y 850.

MSC

inconscientemente, desde que se ha introducido en el medio, se ha convertido en el primer depredador del ambiente. Alteró la flora salvaje reemplazándola por los cultivos agrícolas y contaminó el aire, el agua y el suelo con los productos de su actividad industrial. Poco se ha preocupado, hasta el presente, para mantener intactos los sistemas ecológicos que recibiera como herencia y en los que está registrada la historia de su pasado." ⁷⁹

En reconocimiento de lo anteriormente señalado, y sobre todo, para prevenir los efectos negativos que ocasiona en el medio ambiente, tanto la insensata depredación de la riqueza de nuestra flora y fauna, cuanto la irracional actividad de una industria sin control, es que se ha introducido este dispositivo en la Constitución, con el claro objetivo de procurar la preservación de tan importante sistema de equilibrio natural. "La legislación de protección del medio ambiente se ha ido desarrollando —dicen RUBIO y BERNALES ⁸⁰— paralelamente al desarrollo de la explotación de recursos naturales en gran escala, que amenaza con la depredación, y con los residuos y deshechos similares que produce el desarrollo industrial."

Precisamente, para hacer factible la aplicación de este principio constitucional, es que se ha considerado en el Código Procesal Civil la posibilidad de que se pueda promover un proceso judicial sin la necesidad de tener que invocar interés y legitimidad para obrar por parte de quien defiende los llamados "*intereses difusos*", que a tenor del artículo 82 del acotado normativo procesal, son aquéllos cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor. El párrafo final de este numeral, establece que la sentencia definitiva que declare fundada la demanda interpuesta en cualquiera de estos casos, será de cumplimiento obligatorio, aun para quienes no hayan participado en el proceso judicial en el que se expida el fallo respectivo.

Derecho a la legítima defensa

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

23. A la legítima defensa. (...)"

I. Por tratarse de una nueva disposición en cuanto a su tratamiento constitucional —pues no tiene precedentes en las Cartas Políticas anteriores— es que tal vez casi todos los analistas, le encuentran sentido únicamente desde una perspectiva que se halla limitada al derecho penal. Ciertamente, es en este campo disciplinario del derecho, en donde más fácilmente puede ser reconocida la presencia de esta institución, y aun hasta podría afirmarse, que es ese su ambiente natural de existencia jurídica.

Sin embargo, conviene aclarar que en realidad, no es esta la única significación que asume la legítima defensa, por cuanto posee un contenido epistémico cuya aplicación adquiere un amplio plexo, debido fundamentalmente, a la modalidad en que está formulada ("textura abierta"), en forma por demás contradictoria con la brevedad de su redacción. Lo que por otro lado no tiene nada de extraño, habida cuenta que se trata del enunciado de una

⁷⁹ EDMUNDO FERNANDO CATALANO; ob. cit., pág. 13.

⁸⁰ MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES; ob. cit., pág. 126.

M. SC

norma que por su propia naturaleza constitucional, debe tener un carácter genérico y de la mayor amplitud posible —que como se sabe, es una característica común a todas las normas jurídicas—, para de ese modo poder acoger en su seno la máxima variedad de casos hipotéticos que se puedan producir, lo que a decir de CARLOS SANTIAGO NINO, tiene la siguiente explicación: "Una Constitución se hace para regir los destinos de un país durante un tiempo indefinido, afrontando contingencias y crisis futuras que no son fáciles de prever en el momento de su sanción. Esto hace que su lenguaje deba ser, por fuerza, lo suficientemente vago y general para permitir esa adaptación." ⁸¹

II. Hechas estas distinciones preliminares, procederemos ahora, a efectuar un enfoque detallado sobre las distintas acepciones que jurídicamente admite esta importantísima institución innovativa en materia constitucional. Pero previamente, se impone efectuar una sucinta referencia histórica sobre sus orígenes a través del tiempo.

En cuanto a su aparición histórica, señala LUIS JIMÉNEZ DE ASUA —uno de los estudiosos más connotados del Derecho Penal contemporáneo— que la legítima defensa fue, desde los tiempos más antiguos, un hecho que no merecía pena, "hasta el punto que pudo decir el escritor Geib que «la legítima defensa no tiene historia». Ha sido y es un acto de tan clara naturaleza que se desliza sin dificultades a través de todos los tiempos y nadie duda hoy de que la defensa de todo derecho, sometida a las condiciones de agresión ilegítima, actual o inminente y de necesidad y proporción en la defensa, sea una causa justificante, aunque en los días en que nació la filosofía jurídica hubo debate largo e interesante sobre si era un caso de impunidad o un acto conforme a derecho." ⁸²

Aparte de la referencia sin una fecha cierta que se cita acerca de su origen, también hay quienes a partir de la alocución que hace CICERÓN en su discurso pro-milone: «*est haec non scripta, sed nata lex*», consideran que el derecho a la legítima defensa pertenece al ámbito del Derecho Natural. Del mismo modo, cabe advertir que mientras en Roma la legítima defensa se entendió como un derecho individual originario, en cambio, en el Derecho germánico adoptó una perspectiva colectiva de defensa del orden jurídico.

Por su parte, refiriéndose a la evolución que ha seguido esta discusión al igual que a sus resultados, el tratadista EUGENIO RAUL ZAFFARONI precisa lo siguiente: "Si bien en otros tiempos se consideró que la legítima defensa fundaba la impunidad en la afirmación de que «la necesidad no conoce ley» (KANT), lo que no le hacía surtir otro efecto jurídico que la eliminación de la pena, y otros la consideraron mera causa de inimputabilidad (PUFENDORF), hoy nadie niega prácticamente, que se trata de una causa de justificación, es decir, que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico." ⁸³

III. Ahora bien, desde un punto de vista conceptual, debemos señalar que en principio, se entiende por legítima defensa al derecho que se reconoce a toda persona, para ejercitar

⁸¹ CARLOS SANTIAGO NINO; ob. cit., pág. 89.

⁸² LUIS JIMENEZ DE ASUA: "Problemas de Derecho Penal". Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 1987; pág. 76.

⁸³ EUGENIO RAUL ZAFFARONI: "TRATADO DE DERECHO PENAL". EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1981; Tomo III, pág. 585.

razonablemente el uso de la fuerza, con el objeto de repeler o protegerse de una agresión ilegítima que ocasionalmente pudiera sufrir por parte de terceros, a fin de evitar o de paralizar dicha agresión, la misma que obviamente constituye una conducta antijurídica. En este sentido, se dice que no es propiamente el ejercicio de una facultad, sino de un deber jurídico, tal como sostiene en nuestros días PIERRE BOUZAT ⁸⁴, a partir de la consideración que la legítima defensa no es un acto de necesidad, sino de justicia, con el que se presta un servicio a la comunidad.

IV. En la dogmática del derecho penal, se le reconoce al filósofo alemán GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL y a los penalistas hegelianos, el mérito de haber hecho notar suficientemente, que la legítima defensa es una causa de justificación, aun cuando en base a su razonamiento dialéctico (que como es sabido, está caracterizado por la tríada: tesis; antítesis; y, síntesis) concluyeron dándole una paridad con la pena. Al respecto, partiendo de la noción de que la pena hallaba su objeto en sí misma (teoría absoluta), efectuaban el siguiente razonamiento: la legítima defensa es la negación de la negación al derecho que implica la agresión injusta y, por ende, conforme al principio de que la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa se impone como consecuente afirmación del derecho.

A su vez, el destacado penalista FRANCISCO MUÑOZ CONDE ⁸⁵, refiere que la legítima defensa es una causa de justificación que presenta dos aspectos: uno, de naturaleza *individual*, constreñido a la defensa que hace una persona como respuesta proporcionada a una agresión injusta de la que es objeto, sin importar el estado anímico del que se defiende (ya que antes estuvo confundida con las causas de inculpabilidad penal, como si fuera un problema de miedo o de perturbación del ánimo del que se defiende); y otro, de carácter *supraindividual*, representado por la necesidad de defensa del orden jurídico y del derecho en general, que es conculcado por la agresión antijurídica de la cual se es víctima.

A) En nuestra legislación positiva penal, este desarrollo doctrinario se encuentra materializado en el Código Penal de 1991, que establece en el inciso 3° de su artículo 20, los requisitos exigidos para la procedencia de la legítima defensa. Literalmente, estos son los siguientes: a) que haya una agresión ilegítima; b) que haya necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla (es decir, que nos protejamos con medios adecuados y no excesivos); y, c) que no haya habido provocación suficiente de parte de quien hace la defensa.

a) La *agresión ilegítima*, es el presupuesto esencial de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación (por ejemplo, del estado de necesidad), e importa el cumplimiento de tres órdenes de requisitos: que se trate de una *conducta*, que ésta sea *agresiva* y que sea *antijurídica*.

Al respecto, el Profesor JAVIER VILLA STEIN expresa lo siguiente: "Por agresión ilegítima debe entenderse la conducta humana de acometimiento físico o psicológico que una persona, sin derecho alguno, hace sobre o contra otra persona, sus bienes o sus derechos. Se trata de acto violento contra la persona que puede afectar su integridad física (el soma),

⁸⁴ PIERRE BOUZAT, en Bouzat-Pinatel: "*Traité de Droit Pénal et de Criminologie*". París, Francia, 1970; Tomo I, pág. 359.

⁸⁵ FRANCISCO MUÑOZ CONDE: "*Teoría General del Delito*". Reimpresión, Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1990, págs. 101 y 102.

psicológica (su integridad psicológica), moral (la honestidad, el honor); contra sus bienes, que comprende todo y cualquier patrimonio, tangible o no; contra sus derechos, de toda índole sin restricción pues todo tipo de bien puede ser defendido, a condición que estos bienes sean individuales, propios o de terceros, excluyéndose desde luego, los que son públicos o comunitarios"⁸⁶. Indica este mismo autor, que basta con la tentativa para que exista agresión, a condición de que ella sea idónea; no siendo por lo tanto, necesaria la consumación.

b) La *racionalidad* de la defensa legítima, implica que la necesidad del medio utilizado para ello, debe estar en directa correspondencia con la magnitud del peligro que representa la agresión. Este elemento se ha entendido en la doctrina nacional, como la *proporcionalidad* —tanto en la especie como en la medida de los medios empleados para repeler la agresión—; lo que resulta correcto, siempre y cuando se entienda por tal, el requerimiento negativo de que *no falte la proporcionalidad de manera aberrante*. Asimismo, por "medio" no debe connotarse necesariamente un instrumento, sino todo un género de acciones y omisiones que se emplean para la defensa.

c) Por último, la *falta de provocación suficiente* es una de las cuestiones más discutidas en torno a la legítima defensa, pues algunos la confunden deliberadamente con la agresión ilegítima, para obviar que la ley niega el permiso de defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión.

Como lo advierte ZAFFARONI con toda exactitud: "La provocación suficiente será siempre una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho, en tal forma que haga cesar el principio fundador de la legítima defensa. Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero ello será siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta, mostrándose inadecuado para la coexistencia. La coexistencia impone la evitación de situaciones conflictivas extremas, como son las que tienen lugar cuando aparece la situación de defensa legítima. Ello emerge del mero carácter permisivo que tiene la legítima defensa, es decir, de conducta justificada pero no atípica por fomentada (no conglobantemente atípica)"⁸⁷. Cabe agregar, que en opinión de MUÑOZ CONDE, por el término «suficiente» debe entenderse "que sólo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor, se podrá denegar la legítima defensa."⁸⁸

d) En resumen, si cabría hacerse una comparación metafórica entre todos los elementos señalados, de acuerdo a su secuencia y el camino que siguen, bien podríamos decir que la agresión ilegítima constituye la puerta de acceso a la legítima defensa por parte del afectado, en tanto que la racionalidad de los medios utilizados por éste son la cerradura que guarda esa puerta, pero que sin embargo, la falta de provocación suficiente es la llave para poderla abrir.

V. Ahora bien, y al margen de estas disquisiciones, lo cierto es que ante la ausencia ocasional de cualquiera de los requisitos antes mencionados, en el argot jurídico penal se dice, entonces, que estamos en presencia de una "legítima defensa imperfecta", con el consiguiente merecimiento de pena para su autor, aun cuando aquélla pueda serle impuesta por debajo del

⁸⁶ JAVIER VILLA STEIN: "DERECHO PENAL-PARTE GENERAL". Editorial San Marcos, Lima, Perú, 1998; pág. 326.

⁸⁷ EUGENIO RAUL ZAFFARONI; ob. cit., Tomo III, pág. 607.

⁸⁸ FRANCISCO MUÑOZ CONDE; ob. cit., pág. 104.

límite establecido para el hecho delictuoso en sí. Esto se halla justificado, en razón a que el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado tal en que la conducta defensiva termine siendo contraria a la seguridad jurídica en general. Como explica el mismo ZAFFARONI: "Un orden jurídico no puede admitir un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la convivencia humana, convirtiendo la vida social en una selva de fieras individualistas: tal extremo sería su propia negación. Por ello, no cualquier necesario empleo de un medio lesivo se halla dentro de los límites de la legítima defensa, sino sólo aquel que es «racional»." ⁸⁹

A) Como un infeliz ejemplo de la así llamada legítima defensa imperfecta, recordamos un fallo que fuera expedido en mayoría por uno de los Tribunales Correccionales de Lima en el año 1985 ⁹⁰, por el cual fueron condenados varios dirigentes de la Comunidad Campesina de Huambo (Ayacucho) por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio agravado) en agravio de 12 miembros del proscrito grupo terrorista "Sendero Luminoso" —quienes actuaban premunidos con armas de fuego y dinamita— argumentándose que no se trataba de un acto de legítima defensa, el haber dado muerte a dichas personas que integraban un grupo mayor de sediciosos. Este hecho de sangre, se produjo por acción de los casi 400 miembros de dicha comunidad, quienes, cansados de ser víctimas de las continuas agresiones del que eran objeto por los miembros de esta columna terrorista asentada en la zona ⁹¹, y tras haber sido organizados por las propias fuerzas del orden para su autodefensa —en vista de que no les podían brindar protección por lo alejado del lugar— en una oscura noche que coincidió con la trágica matanza de los once mártires del periodismo nacional en Uchuraccay, utilizaron piedras lanzadas con hondas y armas blancas para defenderse de la nueva incursión senderista, cuando ingresaban a la comunidad haciendo detonar dinamita. Cabe mencionar que los pormenores de este hecho, fueron informados de inmediato a la policía a la mañana siguiente, de tal modo que inclusive, las autoridades responsables de la zona de emergencia expresaron su felicitación a los dirigentes comuneros. Sin embargo, a raíz del grave escándalo que envolvió al país luego de que se conociera la matanza de los malogrados hombres de prensa, meses después, los dirigentes de la Comunidad Campesina de Huambo recibieron una citación de la policía, siendo así que al concurrir, fueron detenidos y encausados penalmente por la muerte de los doce terroristas. Pero increíblemente, dichos dirigentes comuneros también fueron comprendidos penalmente por el delito de terrorismo, debido a la circunstancia de haber tenido que concurrir forzados en contra de su voluntad, a las llamadas "escuelas populares" que eran implementadas cada vez que la columna agresora incursionaba en el lugar donde los encausados residían.

⁸⁹ EUGENIO RAUL ZAFFARONI; ob. cit., Tomo III, pág. 590.

⁹⁰ Cabe recordar que en esa época, todos los procesos por delito de terrorismo que se seguían en el país, fueron centralizados para sustanciarse en la ciudad de Lima, en virtud de una ley de excepción dictada por el gobierno del Arq. Fernando Belaúnde Terry, disposición ésta que fue muy cuestionada en su momento, por atentar contra elementales garantías de carácter procesal de los encausados.

⁹¹ Los indefensos miembros de la Comunidad, eran obligados compulsivamente a asistir a las denominadas "escuelas populares" que montaban los senderistas cada vez que llegaban al lugar. Pero además, eran obligados a entregar parte de las cosechas de sus escasos sembríos y a destruir el excedente del consumo familiar, así como a ver con impotencia, la matanza indiscriminada de los animales que críaban (ganado vacuno y lanar), cuya carne se llevaban los agresores.

Lo absurdo y a la vez anecdótico del caso, fue, que cuando los dirigentes comuneros estuvieron reclusos en el Penal de El Frontón —en donde entonces eran confinados todos los procesados por terrorismo— se les envió al tristemente célebre "Pabellón Azul", que era el lugar en donde estaban reclusos... ¡nada menos que los procesados que eran sindicados de ser miembros de "Sendero Luminoso"!, poniéndose con ello su vida en muy grave peligro. Ante la contundencia de las pruebas de descargo presentadas por la defensa, en la etapa del juicio oral, el Fiscal procedió a retirar la acusación por el delito de terrorismo, pero igual solicitó que se les impusiera una pena de internamiento no menor de 25 años, por el delito de homicidio calificado en agravio de los miembros de la columna senderista fallecidos al incursionar en dicha Comunidad.

Finalmente, todos los dirigentes comuneros fueron condenados por mayoría, a purgar una pena de 4 años de penitenciaría, tipificándose el hecho cometido como una "legítima defensa imperfecta" por los Vocales suscribientes. Cabe mencionar, que el voto singular del Vocal Galíndez, fue por la absolución de todos los acusados, justamente, en consideración de que se daban los presupuestos legales de la legítima defensa. Los Abogados de la defensa, por su parte, presionados ante la urgencia de que sus defendidos recuperaran cuanto antes su libertad para que pudieran retornar a su lugar de origen, máxime que no contaban con ningún pariente en la Capital, y previa consulta con aquéllos, no interpusieron el recurso de nulidad que se imponía para que la Corte Suprema revisara el fallo, esencialmente, por el tiempo adicional de privación de la libertad que la tramitación de dicho recurso impugnatorio suponía contra los afectados.

VI. Por otra parte, y como lo hemos señalado en el introito analítico del presente inciso, la legítima defensa también puede ser enfocada jurídicamente desde otras perspectivas. Al respecto, anota el tratadista EUGENIO ZAFFARONI, que si bien el desarrollo legislativo de la legítima defensa se produjo siguiendo al homicidio y las lesiones, sin embargo, luego se extendió a otros bienes jurídicos, particularmente a la propiedad —en especial por efecto del triunfo del industrialismo—, de donde pasa a la parte general de los códigos. Como consecuencia de ello, es que "en la actualidad es prácticamente unánime la opinión de que *todo bien jurídico es legítimamente defendible*, bastando que sea un bien que tutela el derecho, sin que sea necesario que lo tutele el derecho penal." ⁹²

VII. De esta manera, en el derecho privado común se encuentra institucionalizada la «legítima defensa posesoria», que a tenor del artículo 920 del Código Civil, consiste en la facultad que tiene el poseedor para repeler extrajudicialmente y de inmediato, la fuerza que se emplee contra él y recuperar un bien del que hubiera sido desposeído en forma ilegítima, con la salvedad de que en ambos casos, debe abstenerse de usar las vías de hecho que no estén justificadas por las circunstancias.

Otros casos concomitantes al ejercicio de la legítima defensa, están contenidos en los incisos 1º y 2º del artículo 1971 de este mismo cuerpo normativo, que en base a este fundamento, exime de todo tipo de responsabilidad en cualquiera de los siguientes casos: cuando se procede en el ejercicio regular de un derecho; o cuando se actúa en legítima defensa de la propia persona, o de otra, o en salvaguarda de un bien propio o ajeno. En la primera hipótesis, el ejercicio regular de un derecho no es propiamente una causa de justificación que asume la legítima defensa, sino, el carácter genérico de ésta que la conecta

⁹² EUGENIO RAUL ZAFFARONI; ob. cit., Tomo III, pág. 594.

MSC

con la totalidad del orden jurídico como tal, y cuyos límites se identifican eventualmente con la teoría del "abuso del derecho" que tantos estudios ha merecido en el derecho civil. En cambio, sobre la segunda situación hipotética bien cabría afirmar, que sí se corresponde en todas las modalidades que el enunciado contiene, con la legítima defensa a que se contrae la norma examinada.

VIII. Por otra parte, y mirado desde una perspectiva relacionada con el derecho procesal, resulta indudable que la legítima defensa tiene una estrecha ligazón con el instituto del «debido proceso», aun cuando debe precisarse sobre el particular, que ambos principios conceptuales se ubican en planos jurídicos diferentes.

Al respecto, estimamos que la legítima defensa tiene como presupuesto fundamental, garantizar que una persona se encuentre en la aptitud de ejercer su correspondiente defensa, dentro de un proceso que se haya iniciado de acuerdo con los cauces legítimos establecidos formalmente para ello, y cuya razón de ser radica evidentemente, en el principio de legalidad que le es característico a todo Estado de Derecho como tal. En este sentido, la más lograda concreción que asume la legítima defensa, gira en torno al aforismo constitucional según el cual, «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda». No en vano, el reconocido publicista en temas jurídicos GUILLERMO CABANELLAS⁹³, señala entre las acepciones del vocablo «legitimidad»: "Legalidad; conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas"; e igualmente, en relación al término «legítimo»: "Legal o conforme a ley.// Ajustado a derecho.// Según justicia o razón."

En cambio, el debido proceso es —como lo define JUAN MONROY—, "un grupo de derechos esenciales e inalienables que, en cualquier sociedad contemporánea, son el fundamento supremo y la razón esencial para que los derechos y la libertad de un individuo no sean agraviados en un proceso, sea por el Estado sea por cualquiera que pretenda hacer un uso abusivo de aquél"⁹⁴. Desde este punto de vista, una primera consecuencia que surge en el primer caso mencionado, es la posibilidad efectiva de hacer uso de medios de defensa técnica establecidos para cuestionar la relación jurídica procesal iniciada, tales como la cuestión previa, la cuestión prejudicial y las excepciones en el derecho procesal penal; o de un determinado catálogo de excepciones y defensas previas en el derecho procesal civil; así como de las excepciones en el derecho procesal laboral. Lo que a *contrario sensu*, nos lleva a advertir que para ejercitar una acción en donde esté justificada la intervención jurisdiccional del Estado, es menester en todo caso, que quien la promueva se encuentre investido de la consiguiente legitimidad procesal para ello.

IX. Sin embargo, cabe hacer especial hincapié en que es en el derecho procedimental administrativo, donde tal vez se advierte con mucha mayor claridad esta distinción. Más que nada, debido a que por la autonomía que caracteriza a la emisión de los diversos actos de gestión en la administración pública, existe una tendencia manifiesta a incurrir fácilmente en la comisión de actos arbitrarios, los cuales se producen a menudo, como consecuencia del abuso de poder que se da en la praxis del ejercicio funcional de los cargos de autoridad. Es

⁹³ GUILLERMO CABANELLAS: "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL". Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 21ª Edición, 1989; Tomo V, pág. 124.

⁹⁴ JUAN MONROY GALVEZ: "INTRODUCCION AL PROCESO CIVIL". TEMIS-DE BELAUNDE & MONROY, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996; Tomo I, pág. 247.

importante precisar, que mucho de este criterio tiene que ver especialmente con la lógica jurídica, pues no es dable suponer como premisa *a priori*, que los poderes públicos actúen con el deliberado propósito de avasallar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico nacional. Aunque tampoco debemos olvidar, que uno de los objetivos esenciales del procedimiento administrativo es, precisamente, que la propia autoridad pública tenga la oportunidad de corregir *per sé*, algunos actos administrativos en los que hubiera incurrido en error, bien sea por acción u omisión —inadvertidamente o no— y sin necesidad de que el interesado deba recurrir a la intervención del Poder Judicial para obtener a través de la vía jurisdiccional, la tutela efectiva cuyo amparo es objeto de su reclamación.

A) A manera de ejemplo sobre abuso de poder en la generación de actos administrativos y secuela del procedimiento seguido, en donde no se respetó el derecho a la legítima defensa, citaremos un caso que conocimos en materia de derecho administrativo universitario. En el curso de una auditoría practicada por la Contraloría General en varias Facultades de una Universidad pública, dicho organismo requirió copias autenticadas de las actas de algunas sesiones del órgano de gobierno de una de las Unidades Académicas fiscalizadas, ante lo cual, el Decano de la Facultad dispuso que el Secretario Docente expeditara y remitiera dichos documentos. No obstante que este tipo de acciones tiene el carácter de "confidencial" entre el ente fiscalizador y el fiscalizado, hasta el momento en que el primero efectúe el pliego de observaciones que estime pertinentes al término de la acción de control, el Secretario General de la Universidad cursó de inmediato a título personal, un memorándum en el que le solicitaba al Secretario Docente "alcanzarle" el dispositivo legal que le autorizaba a cumplir con la orden impartida, conminándolo al efecto, en un plazo máximo de 48 horas bajo "responsabilidad". Aunque era ilegal lo solicitado, sin embargo, el requerimiento fue absuelto por el interpelado. Sin embargo, el Secretario General estimó que no se había cumplido con su exigencia, y cursó un oficio al Rector, acusando al Secretario Docente de usurpación de sus funciones como fedatario de la Universidad; remitiéndose el documento a la Oficina de Auditoría Interna, para que efectuara las investigaciones pertinentes sobre el hecho denunciado. Lo significativo del caso, es que todo lo actuado en esta última parte, se hizo sin que al Secretario Docente se le comunicara que había sido comprendido dentro de un expediente administrativo iniciado en base a la reclamación formulada por el Secretario General.

Resulta que el Auditor Interno, lejos de indagar sobre el hecho que había sido denunciado por el Secretario General, en un flagrante abuso de poder y a la vez de incumplimiento funcional, se dedicó a investigar sobre aspectos que no habían sido ordenados por el Rector. En su actuación, procedió a verificar exhaustivamente los antecedentes laborales obrantes en el file personal que como Profesor tenía el Secretario Docente denunciado, detectando una aparente inconsistencia de fechas sin ninguna importancia —tras un extemporáneo e inoficioso cruce de informaciones— en el tiempo de servicios consignado en cuatro constancias de trabajo presentadas por el interesado, cuando cinco años atrás había concursado a la plaza docente que éste ocupaba. De este modo, sin que tales hechos tuvieran ninguna relación con la denuncia formulada por el Secretario General, y sin haberse abierto un procedimiento que justificara la investigación efectuada al respecto, en el cúmulo desorganizado de documentos que se acopiaron, en forma por demás arbitraria, el Asesor Legal pretendió que el Secretario Docente absolviera los cargos que se le hacían en su condición de Profesor, sobre los aspectos presentados por el Auditor Interno, calificándose a esta acción, como un supuesto ejercicio de su derecho a la defensa. Con lo que la denuncia del Secretario General virtualmente quedó de lado, surgiendo en su lugar otros hechos que no

habían sido materia de su reclamación, los cuales se pretendían hacer valer ilegalmente dentro del mismo expediente administrativo que se había organizado, en abierta contravención al principio de *unicidad de autos* contenido en el artículo 36 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Por supuesto, estos hechos implicaban además, una violación de los principios constitucionales de la legítima defensa, así como del debido proceso y el propio derecho de defensa con relación a la denuncia primigenia que dió lugar a la formación de un expediente administrativo, cuya existencia por lo demás, nunca se le comunicó al Secretario Docente para que pudiera ejercer su derecho de defensa correspondiente. En realidad, estos hechos se dieron producto de una persecución personal que se hizo contra el Secretario Docente, debido a la susceptibilidad herida —por cuestiones de poder— del Secretario General; lo que por otro lado, es algo típico en la administración pública, cuando se producen diferencias personales entre servidores que ocupan cargos de distinto nivel o jerarquía.

B) Podemos concluir afirmando, entonces, que el ejercicio de la legítima defensa en la vía administrativa, está condicionada a que el interesado tenga la posibilidad de hacer uso de los medios de defensa que el ordenamiento jurídico establece, ya sea dentro de un debido proceso en el que estén garantizados sus derechos fundamentales, o recurriendo al uso de las acciones de garantía constitucional en los casos que la ley faculta cuando así se justifique. Como es obvio suponer, la oportunidad para que el interesado haga valer su derecho a la legítima defensa, no está sujeto al arbitrio de la autoridad, que en este plano, tiene el deber de cumplir y respetar fielmente las cláusulas constitucionales en general, así como las normas vigentes que rigen su accionar en particular. Lo cual, ciertamente, exige dar estricto cumplimiento al presupuesto básico de que el procedimiento administrativo sea iniciado y sustanciado, de acuerdo con los lineamientos legales establecidos válidamente para ello. Porque de otra manera, simple y llanamente, constituirá una pretensión infame de la autoridad, para consumir un acto arbitrario cometido al influjo del abuso de poder.

No debemos olvidar, que una de las características fundamentales de los sistemas de legislación escrita, es garantizar la fijeza y aun la rigidez de las *formas jurídicas*, como un medio indispensable para defender la libertad. Lo que tiene un sentido especial en el derecho constitucional, ya que se halla intrínsecamente relacionado con el objetivo supremo de proteger al hombre contra lo arbitrario del Estado, de la misma manera como las formas jurídicas están concebidas para protegerlo contra la arbitrariedad del juez. Evidentemente, esta preocupación constituye la plasmación concreta del ideal inspirador que desde sus orígenes ha motivado a los teóricos del constitucionalismo, para sancionar un instrumento legal obligatorio *erga omnes*, que pueda ser idóneo y eficaz para limitar los excesos cometidos por el poder público frente al individuo desprotegido. Lo que surgió, como una reacción civilizada contra la nefasta práctica que se diera en los tiempos bárbaros que registran las páginas más oscuras de la historia, en donde los reyes sentados al pie de un árbol, juzgaban a su libre albedrío y capricho absoluto, sin observar ninguna clase de formalidades en este proceso.

X. Por último, la «legítima defensa nacional» también es otra modalidad jurídicamente reconocida en este tópico, la misma que aparece consagrada en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas como una facultad que no necesita de mayor reconocimiento, toda vez que no sólo se ejerce desde siempre, sino que a veces, aun hasta se presenta como sutil pretexto para justificar la agresión.

Cabe mencionar al respecto, que el artículo 51 del referido instrumento internacional, declara solemnemente: "Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el *derecho inmanente de legítima defensa*, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del *derecho de legítima defensa* serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán de manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo, conforme a la presente Carta, para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria, con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

En su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", GUILLERMO CABANELLAS define la legítima defensa nacional, como "El derecho que todos los pueblos practican dentro de los impulsos de su honor y, más realísticamente, de las posibilidades de sus fuerzas en relación con las de un agresor u ofensor, para oponerse con las armas a una invasión o a un flagrante agravio a su dignidad." ⁹⁵ En esta perspectiva, que indudablemente pertenece al Derecho Internacional Público, se explican los distintos conflictos bélicos que hemos venido presenciando en distintas latitudes del mundo, de los cuales no ha sido ajeno el Perú. En este sentido, es del caso mencionar las continuas agresiones que hemos venido siendo objeto por parte del vecino país del Ecuador, cuya raigambre se remonta al incumplimiento de las cláusulas establecidas legítimamente —aun cuando no por ello necesariamente beneficioso al Perú— por el Protocolo de Paz, Amistad y Límites suscrito el 29 de enero de 1942 en Río de Janeiro. Sobre el particular, y con cargo a ampliarse más adelante, diremos desde ya, que la conflagración bélica internacional que en ese entonces envolvía al planeta, fue la causa de que los Estados Unidos prácticamente obligaran a la pronta terminación de este conflicto latinoamericano, para poder enfrentar en óptimas condiciones estratégicas la Segunda Guerra Mundial, en la que participaba en su condición de país imperialista. Baste citar al respecto, las palabras de nuestro gran historiador GUSTAVO PONS MUZZO, quien manifiesta lo siguiente sobre el carácter de este Tratado:

"Una de las acusaciones más graves que le hace el Ecuador al Perú desde 1950 durante la Presidencia del doctor Galo Plaza Lasso, es la de que el Protocolo le fue impuesto por la fuerza como consecuencia de nuestra victoria en las acciones militares de fines del mes de julio y principios de agosto de 1941. Queremos recordar, con la palabra de quien fue su Ministro de Relaciones Exteriores y negociador del Protocolo doctor Julio Tobar Donoso, que el Protocolo no lo impuso el Perú sino los países entonces Mediadores, quienes redactaron el Protocolo en el Palacio de Itamarati, sede de la cancillería brasileña, a base de las propuestas presentadas por el doctor Tobar Donoso y que finalmente obligaron al Presidente Manuel Prado a aceptarlo, resultando el Ecuador el gran ganador." ⁹⁶

En este sentido, no debemos olvidar que contrariamente al principio de la legítima defensa nacional ejercida frente a la agresión militar de la que fuéramos objeto por parte del vecino país del norte, y no obstante haber sido los vencedores indiscutibles en el conflicto fronterizo del año 1941, como consecuencia de un falso espíritu americanista demostrado por

⁹⁵ GUILLERMO CABANELLAS; ob. cit., Tomo V, pág. 120.

⁹⁶ GUSTAVO PONS MUZZO: "Cincuentitrés años del Protocolo". En "REVISTA DEL FORO", órgano oficial del Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXIII, N° 1, Enero-Junio de 1995, pág. 80.

los países mediadores, nos fue impuesto un Protocolo redactado a base de las propuestas ecuatorianas, como un "gesto de paz, amistad y solidaridad" en donde fueron sacrificados nuestros derechos de soberanía territorial. Producto de ello, tuvimos que suscribir el Protocolo de Río de Janeiro, que aun cuando fuera reconocido oficialmente por el Vaticano en el año 1951 —durante el Pontificado de S.S. Pío XII—, sin embargo, lo cierto es que resulta totalmente desfavorable a los intereses nacionales, por cuanto se desconocen aspectos que nos fueron reconocidos expresamente por la Real Cédula de 1802, así como por la renuncia que debimos efectuar sobre parte de la soberanía legal de nuestro territorio. Con respecto a esto último, es de significar la cesión realizada sobre el territorio comprendido en el Triángulo de Sucumbios —que el Perú había recibido de Colombia en virtud del Tratado Salomón-Lozano de marzo de 1922—, y en donde años después, el Ecuador encontró los grandes yacimientos petrolíferos (cuya existencia se sospechaba por entonces) que hoy explota ventajosamente, y que le permite financiar no sólo casi las tres cuartas partes de su presupuesto nacional, sino también, sufragar los costos que demanda la permanente campaña de hostilización bélica y psicosocial que sostiene estratégicamente a nivel interno e internacional en contra del Perú, en su pretensión de detentar mayores porciones de territorio a costa de nuestra soberanía.

La Libertad y Seguridad personal

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. (...)"

I. La libertad y la seguridad personales a que alude la parte introductoria de este numeral, son dos derechos clásicos en el constitucionalismo, que pertenecen a la denominada «primera generación» de derechos que históricamente fuera consagrada por la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 4º prescribe literalmente lo siguiente:

"La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley."

A la luz de este numeral, podemos deducir varios aspectos que habrán de permitirnos comprender la lógica del pensamiento dominante en esa época. En principio, nos muestra claramente la técnica de redacción de las normas jurídicas que por entonces se estilaba, la misma que se caracterizaba por hacer una definición del contenido de la norma. Esto llevó a que se institucionalizara como un criterio preponderante en materia de interpretación legal, que los juristas se dedicaran a desentrañar el "espíritu del legislador" contenido en el texto legal —lo que se inscribe en el método de la *exégesis*—, que estaba basado en la cuestionada idea de que quien tiene el poder formula la norma, por lo que a nadie le es dado variar su contenido; de donde emerge el aforismo de que "no cabe distinguir donde la ley no distingue", aun cuando muchas veces, la realidad nos exige hacer precisamente todo lo contrario con toda validez. Como es sabido, este criterio ha ido evolucionando con el correr del tiempo, de tal forma que hoy en día, se busca más bien interpretar el "espíritu de la ley".

En segundo lugar, se advierte una notable influencia del *ius-naturalismo* en la formulación conceptual de dicha norma, lo que no hace sino confirmar, que es ésta, la fuente jus-filosófica primigenia del pensamiento de donde surge la concepción de los derechos fundamentales, que a su vez, ha sido la savia que ha nutrido en su ulterior desarrollo, la doctrina sobre los «derechos humanos» imperante en la actualidad.

Por lo demás, esta noción nos pone igualmente de manifiesto, una tesis que ha sido mantenida a través de todos los tiempos, la misma que pretende oponer la *libertad jurídica* —que se entiende limitada por la ley— con la *libertad natural*, absolutamente ilimitada y ajena a toda regulación, en la cual, sus límites son coincidentes exactamente con los de la fuerza de cada individuo. Desde esta perspectiva, SPINOZA decía que en el estado de naturaleza, el derecho de cada uno se extiende hasta donde llega su poder, concepto que ha desempeñado ciertamente, un importantísimo papel en la historia de las doctrinas filosófico-jurídicas y, muy especialmente, en la evolución de las teorías políticas.

A) Es conveniente destacar que ambos conceptos jurídicos del que trata este introito de la norma analizada, son importantes para el desarrollo de la vida social en el Estado moderno. En esta medida, guardan una estrecha interrelación e interactúan decisivamente en el normal desenvolvimiento de la vida individual de las personas, salvaguardando igualmente, las distintas actividades que realizan con regularidad en los demás órdenes de la vida en sociedad.

Desde luego, esto sólo es posible de realizar, en cuanto dichos principios otorgan un régimen de garantías jurídicas del más alto rango, a la *libertad* del individuo frente al ejercicio del poder que es efectuado por parte de los órganos estatales. Lo que sólo será factible de cumplir, en la medida de que exista un compacto y preciso sistema de normas que le garanticen la *seguridad* de que así se producirá mínimamente, brindándole una eficaz cobertura de protección frente a la arbitrariedad y a la discriminación.

En la moderna concepción del Estado, estos valores jurídicos tienden a materializar la pretensión que el hombre ha tenido desde siempre, de conocer con la mayor precisión posible, qué actos puede practicar incidiendo en los otros, y al mismo tiempo, qué acciones de los demás pueden interferir con él. Lo cual nos conduce a una de las características de la condición humana, que consiste en querer saber a qué atenerse en sus relaciones con los otros seres humanos, para estar en aptitud de afrontar las consecuencias que de ello se derive.

II. Con referencia a *la libertad*, se trata de un concepto que admite distintas acepciones, tanto en el léxico científico como filosófico, e inclusive en el lenguaje cotidiano. De todas ellas, sin embargo, nos interesa distinguir la libertad del querer —como un hecho— de la libertad jurídica, que se entiende como facultad derivada de una norma, y que en opinión de GARCÍA MÁYNEZ, "no es poder, ni *capacidad* derivada de la naturaleza sino *derecho*"⁹⁷. Desde este punto de vista, agrega dicho autor, que la libertad también puede entenderse como autorización, ya que estar autorizado significa tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos.

A) En términos generales, la libertad es una condición de la vida humana individual privada que por sí misma, constituye un valor sustantivo de la autonomía personal. En este sentido, CABALLERO SIERRA y ANZOLA GIL, la definen "como la posibilidad que tiene toda

⁹⁷ EDUARDO GARCIA MAYNEZ; ob. cit., pág. 216.

MS

persona de autodeterminarse, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico" ⁹⁸, en cuya virtud, los autores mencionados, consideran que esta acepción implicaría hablar del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, con relación a la libertad personal a que se hace alusión en la parte introductoria de este inciso, JOSÉ PAREJA PAZ SOLDAN, nos refiere que "desde el punto de vista moral la libertad humana no es una libertad de elección sino de acción: es la facultad humana de cumplir el deber voluntariamente. Se ha dicho que desde el punto de vista constitucional, la libertad humana equivale a la soberanía política. Lo que la soberanía es para el Estado, es la libertad para el hombre y la comparación es tan apropiada que se ha edificado la soberanía del Estado sobre el modelo de la libertad individual. Como aquella, la libertad es un poder no sólo sobre los demás sino principalmente sobre la propia persona que lo ejerce. El hombre es libre, porque gracias a su razón, es dueño de sí mismo." ⁹⁹

Siguiendo este orden de ideas, ENRIQUE BERNALES señala que la libertad, tal como se le conceptúa en la actualidad, "consiste en la atribución de decidir qué se hace o no, sin más límites que los que la ley imponga. Evidentemente —aclara a renglón seguido—, la libertad no sólo tiene que ser ejercitada dentro de los límites expresos de la ley. La historia jurídica de los dos últimos siglos ha mostrado que la conducta humana tiene que ser siempre acomodada a ciertos patrones de conducta social en los cuales se respete a los demás." ¹⁰⁰

Precisamente, esto último nos coloca en la órbita institucional del «abuso del derecho», que opera como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos, y cuya restricción cobra vigencia en el último párrafo del artículo 103 de la Constitución, así como en la parte inicial del numeral II del Título Preliminar del Código Civil. Como dice el Maestro ANIBAL TORRES VÁSQUEZ, refiriéndose a este instituto: "Hay ejercicio u omisión abusivos de un derecho subjetivo cuando su titular actúa contrariando los fines sociales, económicos, políticos o religiosos perseguidos por la norma jurídica que lo confirió; o cuando el derecho es ejercido (por acción u omisión) antisocialmente ya sea con la intención de dañar a otro, o sin tener ningún interés apreciable y legítimo, o eligiendo entre varias alternativas la que mayor daño puede causar a otro, o si la utilidad perseguida es mínima en comparación al perjuicio anormal o excesivo que causa, o violando la buena fe, la equidad, las buenas costumbres o el deber de solidaridad social." ¹⁰¹

B) En la teoría del acto jurídico, la libertad personal es un elemento esencial que se requiere para su configuración. Como se sabe, en el mundo externo suceden una serie de hechos cotidianamente, pero no todos ellos tienen consecuencias jurídicas. En efecto, del cúmulo de hechos que se producen en el mundo —ya sean obras de la naturaleza u obras humanas— algunos de ellos no tienen ninguna trascendencia, es decir, que no son hechos jurídicos, en tanto que otros, sí tienen determinadas consecuencias jurídicas. Es en este último rubro, donde ingresamos al vasto, complejo y, por qué no decirlo, contradictorio mundo del Derecho, que es el instrumento creado por el hombre para regular precisamente, los hechos

⁹⁸ GASPAR CABALLERO SIERRA y MARCELA ANZOLA GIL; ob. cit., pág. 180.

⁹⁹ JOSE PAREJA PAZ SOLDAN; ob. cit., págs. 16 y 17.

¹⁰⁰ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 168.

¹⁰¹ ANIBAL TORRES VASQUEZ: "CODIGO CIVIL"; págs. 20 y 21.

MSC

que tienen naturaleza jurídica, lo cual, se produce por intermedio del *ordenamiento jurídico* con que cuenta cada país al efecto.

Ahora bien, en cuanto a los hechos que provienen de la voluntad humana —a los cuales se les llama *actos*— cabe señalar que éstos pueden ser a su vez, voluntarios o involuntarios.

Los *actos voluntarios* (entiéndase que hablamos de una voluntad jurídica y no psicológica), son aquellos que se producen cuando la persona actúa con discernimiento, que es la capacidad de ejercicio natural ¹⁰² que tiene el sujeto que ha alcanzado una cierta madurez. Para que el acto humano sea voluntario, se requiere de discernimiento, así como que el sujeto humano haya actuado voluntariamente (es decir, con intención) y con *libertad*. Con estos tres elementos, queda formada la voluntad jurídica. Por cierto, también se requiere que esa voluntad sea exteriorizada de alguna forma, pudiendo ser ésta expresa o tácita según sea el caso. Es manifestada expresamente, cuando el comportamiento del sujeto está orientado a hacer conocer directamente cuál es su deseo. Será una manifestación tácita, cuando de ese comportamiento se deduce con toda certidumbre la voluntad, siempre que la ley no requiera de forma expresa para su aceptación. Es de advertir, que la libertad se convierte en una piedra angular de esta teoría, cuando reparamos en que los hechos voluntarios pueden ser a su vez, lícitos o ilícitos. En este último caso, y según sea la naturaleza de las prescripciones que resulten vulneradas, estaremos hablando de una conducta delictuosa (con relevancia penal), o simplemente de un ilícito civil, ya que como dice LACRUZ BERDEJO, "el acto ilícito se presenta como la violación de un deber, específico o genérico de conducta, que también puede concretarse en una abstención." ¹⁰³

Con respecto a los *hechos humanos involuntarios*, basta decir que son aquéllos en donde falta alguno de los tres requisitos esenciales arriba mencionados, pudiendo ser éstos, conformes o contrarios al ordenamiento jurídico.

III. En torno a *la seguridad*, cabe señalar que éste es uno de los empeños esenciales cuya incesante búsqueda —paralelamente al de la libertad—, ha inspirado al hombre a realizar innumerables y célebres jornadas de lucha, que han sido cumplidas en el transcurso de diferentes épocas desde la más remota antigüedad, retrucando lo paradójico del pensamiento filosófico acuñado por ORTEGA Y GASSET, quien, desde una perspectiva subjetiva no exenta de cierta dosis de ironía, considera que lo único "que nos es dado al sernos dada la vida es radical inseguridad." ¹⁰⁴

¹⁰² Debemos anotar, que esta capacidad no necesariamente coincide con la capacidad de ejercicio legal, que como se sabe, en nuestro país se adquiere con la mayoría de edad al cumplir los 18 años de edad. En este sentido, el artículo 457 del Código Civil concede facultades al menor de edad que tiene discernimiento (capacidad de ejercicio natural), para que con autorización de sus padres puedan dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio.

¹⁰³ JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO: "ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL". JOSE MARIA BOSCH EDITOR S.A., Barcelona, España, 1990; Volumen Tercero, pág. 139.

¹⁰⁴ JOSE ORTEGA Y GASSET: "Unas lecciones de Metafísica". En "OBRAS COMPLETAS", Ed. Alianza Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1988; Tomo XII, pág. 108.

Enfocado jurídicamente, lo esencial de la seguridad consiste en que la persona sepa a qué atenerse, lo que desde una secuencia lógica, depende del grado de certeza y estabilidad con el que se afronta una determinada situación. Porque como lo afirma ALTERINI, "cuando hay seguridad se está en situación de *prever* lo que sucederá, de verlo de antemano, como si se abriera una ventana por la cual fuera posible echar una ojeada al futuro. Lo expresa así la vieja máxima *savoir c'est prévoir*. Se dice que algo brinda seguridad —puntualiza a continuación— cuando está dotado de las calidades de ser seguro y no presentar peligro; cuando es *securus*, porque está libre de *cura*, o sea, de cuidado o riesgo. Lo seguro genera *confianza*, puesto que confía quien tiene una esperanza firme, quien tiene fe (*fides*)" ¹⁰⁵. Por eso se afirma, que el Derecho —en tanto constituye un medio para la realización de valores en la persona individual— sólo puede realizarse *plenamente* en donde existe seguridad jurídica; aun cuando con la hondura que lo caracteriza, el ius-filósofo LUIS RECASÉNS SICHES sea de un parecer más radical, vista su aseveración de que "sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase." ¹⁰⁶

A) Antes de continuar desarrollando este punto, es necesario efectuar una precisión terminológica acerca de dos acepciones que admite el vocablo «DERECHO». Este término, puede ser utilizado tanto como significado de ordenamiento jurídico (en inglés *law*), cuanto como facultad de una persona (en inglés *right*). Para poder distinguirlos en lo tocante a este apartado, usaremos «*Derecho*» cuando la palabra tenga relación con el ordenamiento jurídico; y «*derecho*», cuando esté referido a la facultad individual de la persona.

B) Resulta evidente que la certidumbre del Derecho, entendido como un aspecto fundamental de la seguridad jurídica, tiene relaciones con la prosperidad, el adelanto y el bienestar de toda formación económico-social. Desde esta perspectiva, adopta varias acepciones: el de la seguridad por medio del Derecho; el de la seguridad como certidumbre del Derecho; y el de la seguridad como estabilidad del Derecho.

a) En una primera acepción, se considera que hay seguridad *por medio del Derecho*, cuando el ordenamiento jurídico garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos, y que el Estado sancionará a quienes así lo practiquen.

b) Desde una segunda acepción, la seguridad *como certidumbre del Derecho*, supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona, y su consiguiente convicción fundada acerca de que esos derechos serán respetados.

c) En una tercera acepción, la seguridad *como estabilidad del Derecho*, resulta de la existencia de un sistema legislativo debidamente ordenado, y que prevé el cumplimiento de determinados recaudos para modificar las normas jurídicas, de manera que el órgano que dicta esas normas debe tener competencia suficiente, y sujetarse a procedimientos reglados. Lo que es consustancial a la naturaleza del Derecho, pues no debemos olvidar que todo el sistema jurídico debe funcionar con reglas.

¹⁰⁵ ATILIO ANIBAL ALTERINI: "LA INSEGURIDAD JURIDICA". Editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, Setiembre de 1993; págs. 16 y 17.

¹⁰⁶ LUIS RECASÉNS SICHES: "TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO". Editorial Porrúa, México, 1986; pág. 224.

Principio de libertad de acción individual

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...)"

I. Esta norma, consagra un principio que fue originalmente proclamado por la Revolución Francesa, y parte del supuesto de la necesaria existencia de una Constitución escrita —con jerarquía de ley suprema—, a la cual se encuentra subordinada la ley ordinaria. Al respecto, conviene tener presente la aclaración que efectúa el constitucionalista argentino CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, quien señala lo siguiente: "En el Estado constitucional, el vocablo *ley* es un nombre genérico que comprende toda normación legítima y válida; legítima, por su origen, y válida, por su vigencia y alcance, pero es fácil distinguir, entre las leyes propiamente dichas, la gradación jerárquica que corresponde a cada una" ¹⁰⁷. Como este mismo autor lo pone de relieve a continuación, cuando se habla de «leyes» en sentido general, se hace referencia a la legislación ordinaria, que, en la técnica de nuestro sistema constitucional, es una atribución que por naturaleza le corresponde al Poder Legislativo, aun cuando excepcionalmente, también puede ser ejercida por el Poder Ejecutivo, en virtud de las facultades conferidas al amparo de lo que en doctrina se denomina «legislación delegada».

II. Ahora bien, entrando en materia, debemos señalar que este apartado consagra en su texto, el siempre tan ponderado principio constitucional de que «todo aquello que no está prohibido, se encuentra permitido». Intrínsecamente, esta máxima jurídica es consustancial al denominado «*principio de legalidad*», cuya finalidad suprema consiste en garantizar la libertad y la seguridad de las personas, con respecto al poder omnímodo del Estado. Desde esta perspectiva, la norma se orienta a prevenir el riesgo de cualquier arbitrariedad en la que eventualmente pudiera incurrir el poder estatal —o quienes lo detenten ocasionalmente— en detrimento o perjuicio de la ciudadanía ¹⁰⁸ en general.

Históricamente, se trata de una norma que fue establecida originariamente por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano acuñada por la Revolución Francesa de 1789, que define la libertad de las personas en sus relaciones con la ley dictada por el Estado. De modo que literalmente, sólo estamos obligados a hacer lo que la ley manda, y en sentido contrario, sólo estamos impedidos de hacer todo aquello que la ley nos prohíbe explícitamente. Todo lo demás, entonces, es voluntario o permitido.

A) Dogmáticamente, esta disposición contiene una primera forma típica —de las tres que existen— a través de las cuales se regula la libertad personal. Sin embargo, es pertinente precisar que de acuerdo con las corrientes que rigen en el derecho moderno, el mandato contenido en esta norma resulta inexacto, en primer lugar, porque hay quienes sólo pueden

¹⁰⁷ CARLOS SANCHEZ VIAMONTE: "*Constitucionalismo*". En "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA", Tomo III, pág. 1054.

¹⁰⁸ Entiéndase que empleamos el término como una acepción de la persona individualmente considerada, y no, en el sentido definido por el artículo 30º de la Constitución.

hacer lo que la ley les faculta (y no todo lo que ella no prohíbe); y también, porque existen obligaciones sujetas a imposición coactiva de acuerdo a derecho que no provienen de la ley. En opinión de MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES ¹⁰⁹, esto se debe, fundamentalmente, a las razones contenidas en los siguientes criterios:

- 1) Que las personas naturales rigen su actuar por el principio de la libertad, sujetos a los límites de la ley;
- 2) Que las personas jurídicas, sus representantes, y el Estado con sus funcionarios, rigen su actuación, no por el principio de la libertad, sino, por el alcance de sus atribuciones, de forma que los parámetros de su actuación están dados por las leyes (y eventualmente por sus estatutos en cuanto les corresponda), sin que puedan excederse de aquellos límites.
- 3) Que los contratos son obligatorios entre las partes que los acuerdan y, por lo tanto, son una limitación objetiva a su futura capacidad de ejercitar la libertad.

En cuanto a los dos primeros criterios, es evidente que en el Perú de los últimos tiempos se ha venido imponiendo una suerte de legitimación de lo arbitrario, originadas en la prolongada situación excepcional de declaratorias de suspensión de derechos constitucionales vividas en el país a causa de los gobiernos de facto —en un inicio— y luego, como parte de la lucha desplegada a nivel gubernamental contra el fenómeno del terrorismo surgido desde el año 1980. Es así como por una práctica mantenida durante casi tres décadas, la ciudadanía se ha acostumbrado prácticamente a ver y a consentir como algo de lo más natural, el hecho de que cualquier persona pueda ser intervenida y detenida en la vía pública por las fuerzas del orden —como consecuencia de uno de los tantos operativos denominados "batidas"— únicamente por carecer de documentos de identificación personal en ese momento, a partir de lo cual, es tomada como un potencial sospechoso de la comisión de algún hipotético acto ilícito de naturaleza penal.

a) Lo anteriormente mencionado es, justamente, uno de los aspectos que en los últimos años ha venido cobrando cada vez más notoriedad con relación a este inciso, habida cuenta de las preocupantes noticias sobre algunas muertes violentas que se han producido —si bien es cierto, esporádicamente— como producto de algunos de tales operativos, y de los cuales ha sido informada la opinión pública, como si se tratasen de hechos cometidos en forma aislada por algunos efectivos policiales, a quienes, dizque "se les pasó la mano". Similar situación, ocurre con las llamadas "levas" que realizan los efectivos militares para "enganchar" a indefensos jóvenes que se encuentran en edad de cumplir con el servicio militar obligatorio, actos que en realidad constituyen virtuales casos de secuestro, pero que se mantienen vigentes por una absurda práctica dentro de las fuerzas armadas. Lo alarmante del caso, es que esta misma práctica ha venido siendo igualmente imitada por los grupos terroristas que aún sobreviven en algunas localidades alejadas del país, quienes también "reclutan" en contra de su voluntad, a los jóvenes residentes de los lugares asolados.

Por estas razones, es algo sumamente preocupante en verdad, que con desmedro de la declaración constitucional sobre la seguridad personal contenida en este inciso, y a pesar de la expresa prohibición contenida en el inciso siguiente, sin embargo, en nuestra cultura cívica

¹⁰⁹ MARCIAL RUBIO y ENRIQUE BERNALES; ob. cit., pág. 78.

exista una suerte de *sui generis* metamorfosis, consistente en aceptar como lícitos, por ejemplo, la circunstancia de poder ser allanados por las fuerzas del orden sin que haya una causa justificada por la ley —aun en épocas donde no existe suspensión declarada de derechos constitucionales—, ya sea en la vía pública, en lugares públicos de reunión o en algún vehículo de transporte público. Y a partir de este hecho, resultar siendo detenidos un día cualquiera y sin razón aparente, tanto por miembros de las fuerzas policiales como de las fuerzas armadas indistintamente... por el simple motivo de no portar en ese momento nuestros documentos de identificación personal. Como es obvio, este episodio supone colateralmente, la generación de un riesgo contra nuestra vida o la mera integridad personal.

b) A este respecto, cabe remarcar que la presentación de los documentos de identificación personal (ya sea libreta electoral y/o libreta militar, según corresponda), tienen el carácter de obligatorios, únicamente para la realización de aquellos actos que expresamente manda la ley. Esto procede justificadamente —por ejemplo—, cuando se trata de verificar la identidad personal para proceder a la suscripción de algún tipo de documento contractual o de efectuar el cobro de alguna suma de dinero (debido a su trascendencia económica); asimismo, cuando se verifica la identidad del ciudadano antes de cumplir con el acto del sufragio electoral (esto se debe a que el ejercicio de esta clase de derechos políticos es personal e indelegable); o también, cuando se debe identificar debidamente al autor de un acto ilícito, con motivo de asentarse la correspondiente ocurrencia del hecho. Como es evidente, en tales casos debe verificarse con exactitud la respectiva identidad personal, tanto porque así se encuentra expresamente prescrito por la ley, cuanto porque así lo exige la propia seguridad jurídica personal.

III. De otro lado, cabe relieves que en el plano constitucional se dice con frecuencia, que este tipo de textos normativos son estructurados para regir los destinos de un país durante un tiempo indefinido, en cuyo transcurso, deben afrontar una serie de contingencias y crisis a futuro, que como es lógico suponer, no pueden preverse en el momento en que son sancionadas.

A decir de NINO, esto hace que su lenguaje deba ser —por fuerza—, lo suficientemente vago y general para permitir esa adaptación o versatilidad en la casuística por venir. De donde concluye afirmando lo siguiente: "La vaguedad del lenguaje no siempre es un defecto sino que muchas veces es un instrumento indispensable de comunicación (adviértase lo difícil que sería comunicarse si no contáramos con palabras como «rojo», «gordo», «largo», «calvo», y las reemplazáramos por expresiones que no pudieran ser usadas sin medir la frecuencia de onda, el peso de la persona, la longitud del objeto o la cantidad de cabellos que exhibe el aludido." ¹¹⁰

Esta característica, precisamente, da lugar a lo que la doctrina conoce como las *indeterminaciones constitucionales*, las cuales pueden ser de los siguientes tipos: semánticas (se cuentan en ésta, los conceptos de vaguedad y de ambigüedad); sintácticas; pragmáticas; y las indeterminaciones lógicas. En lo tocante al tema, debemos referir que entre las

¹¹⁰ CARLOS SANTIAGO NINO; ob. cit., pág. 89.

«indeterminaciones lógicas» ¹¹¹ más usuales que suelen mencionarse, revisten un interés central el de las lagunas, las contradicciones y las redundancias.

A) En sentido general, se dice que hay una laguna lógica cuando en un sistema jurídico concreto, existe un caso específico que no tiene una solución normativa determinada. Sin embargo, algunos como JOSÉ DÍAZ estiman, que además de la posibilidad hipotética antes mencionada, también existen lagunas con relación a un caso, "si la aplicación de la [norma] que aparentemente la considera, produce resultados opuestos a aquellos que ella se propuso, contrarios a los fines perseguidos por el sistema o en desacuerdo con las valoraciones vigentes" ¹¹². Aunque también hay quienes sostienen —como Hans Kelsen o Carlos Cossio— que el derecho no tiene lagunas.

En cuanto a las soluciones normativas, éstas pueden ser de tres clases: la prohibición, la obligatoriedad, o la permisón de una conducta. La aplicación alternativa de cualquiera de ellas, está definida por una serie de propiedades relevantes según sea el caso a que corresponda en su momento.

a) En este apartado, interesa sobremanera, referirnos al criterio sostenido por HANS KELSEN ¹¹³, quien basa su opinión de que el derecho no tiene lagunas, en el supuesto hecho de que todo sistema jurídico incluye necesariamente un principio de clausura, según el cual, «todo lo que no está prohibido está permitido».

Sobre el particular, Carlos Santiago Nino refiere que ALCHOURRÓN y BULYGIN, han demostrado que este argumento es una falacia en la que incurre el insigne fundador de la Escuela Vienesa, motivada por la ambigüedad de la expresión "permitido". En esta connotación, se afirma lo siguiente: "Si la palabra es empleada en el sentido de «no prohibido», es verdad que todo sistema incluye este principio, puesto que él es una mera tautología, pero así interpretado él no cumple funciones de clausura, puesto que no le asigna ninguna solución normativa a las conductas no prohibidas; en cambio, si «permitido» se interpreta como «positivamente autorizado» es verdad que un principio semejante elimina las lagunas del sistema jurídico, pero no es verdad que sea necesaria ya que el sistema puede o no incluir tal principio." ¹¹⁴

Sin embargo, al margen de estas disquisiciones semánticas, debemos señalar que en nuestro sistema jurídico nacional, sí cabe considerar en toda su amplitud y como una norma de clausura con carácter de principio, la aplicación interpretativa que dimana de esta disposición constitucional. No sólo porque así se encuentra taxativamente establecido por el presente numeral, sino también, porque a lo largo de la Carta Fundamental encontramos idéntico criterio en la regulación de otros casos, siendo de destacar a manera de ejemplo, la

¹¹¹ Conceptualmente, las «indeterminaciones lógicas» son aquellas que se generan a partir de las relaciones que se dan entre las diversas normas de un determinado ordenamiento jurídico.

¹¹² JOSÉ MARIA DÍAZ COUSELO: "LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO". Editorial PLUS ULTRA, Buenos Aires, Argentina, 1971, pág. 14.

¹¹³ HANS KELSEN: "TEORIA PURA DEL DERECHO". pág. 254 y siguientes.

¹¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN: "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Capítulo VII; citado por CARLOS SANTIAGO NINO, ob. cit., pág. 94.

prescripción contenida en el párrafo d) del inciso 24 de este mismo artículo 2º, en cuanto se dispone que en materia penal, nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley como infracción punible. Sintetizando este acápite, debe quedar perfectamente en claro lo siguiente: en primer lugar, que estas normas clausuran el sistema en forma relativa a la existencia de leyes; y en segundo lugar, que no disponen permisiones *frente* a la ley, sino *bajo* la ley.

B) Volviendo al enfoque consignado en un inicio, cabe señalar que el enunciado de la norma analizada pone de manifiesto implícitamente, una cuestión que en el campo jurídico se configura como el de las «lagunas del derecho». Como es sabido, a pesar de que entre los distintos ordenamientos jurídicos existen notables diferencias, sin embargo, existen un sinnúmero de problemas que les son comunes a todos por igual. Uno de los más espinosos y trascendentes de este singular grupo, está relacionado con la aplicación del Derecho a los casos concretos que se dan en cada uno de esos sistemas jurídicos nacionales. Su importancia, radica en la íntima vinculación que tiene, con la necesidad de dar una solución justa a cada uno de los conflictos de intereses, que los justiciables llevan a conocimiento del órgano jurisdiccional del Estado.

Al respecto, conviene tener presente que por muy minuciosas y casuísticas que puedan ser las leyes o códigos de un Estado, en la praxis, siempre hay casos que dichos instrumentos jurídicos no prevén ni pueden dar solución a plenitud. Esto se debe, a que por la propia dinámica que tiene la vida social, las fórmulas rígidas e inflexibles contenidas en la ley, resultan insuficientes algunas veces, para poder resolver específicamente el caso en controversia. Ergo, no todos los casos que suscitan conflicto de intereses, se encuentran expresamente previstos por el ordenamiento jurídico respectivo. Es aquí, precisamente, donde tienen lugar las llamadas «lagunas jurídicas».

Libertad personal

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. (...)"

I. Este párrafo contiene en toda su amplitud, una segunda manera típica en que es regulada constitucionalmente la libertad en los diferentes textos de este mismo rango. Sistemáticamente, constituye una disposición complementaria del enunciado contenido en el apartado precedente.

En cuanto al tratamiento constitucional del derecho a la libertad personal, es indudable que éste abarca el más amplio reconocimiento, tanto del derecho con que cuenta la persona en sí, al igual que el de sus derechos-garantía, límites y suspensión. En tal sentido, a juicio de TERESA FREIXES y JOSÉ REMOTTI, este complejo ámbito regulativo le otorga "una estructura resultante tanto de un orden objetivo de valores como de derecho público subjetivo al establecer su protección judicial y le establece una doble función, a saber, la primera dirigida

a garantizar las esferas de autonomía física personal y la segunda como obligación de los poderes públicos a la prestación de los instrumentos adecuados para su efectividad." ¹¹⁵

A partir de lo anterior, se infiere que para obtener un cabal cumplimiento de sus fines jurídicos, es evidente que el texto constitucional se refiere, además, a otros aspectos o contextos de la libertad, que en esta connotación resultan necesarios y decisivos para poder lograr una plena configuración del derecho sujeto a comentario. Así, por ejemplo, el establecimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, que encuentra sentido en el respeto de la persona humana y de su dignidad (art. 1), la consideración de los derechos inviolables de la persona como fundamento del orden político y la paz social que se hallan enumerados a través de un amplio catálogo (art. 2), el derecho a la tutela judicial efectiva como instrumento de protección de derechos e intereses legítimos y por lo tanto, de la libertad personal (art. 139.3), las acciones de garantía constitucional de hábeas corpus, amparo, hábeas data, inconstitucionalidad, acción popular y de cumplimiento (art. 200), el Defensor del Pueblo (art. 162), y la configuración del Ministerio Público como órgano defensor de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho (art. 159.1). Además, la Constitución confiere valor de norma interna a los tratados internacionales válidamente celebrados por el Estado y en vigor (art. 55), y establece que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final).

Dentro de este enfoque conceptual, también es conveniente tener en cuenta lo señalado por ENRIQUE GARCÍA PONS, quien afirma lo siguiente: "El derecho fundamental a la libertad personal o deambulatoria, derecho humano positivizado, constituye *per se* uno de los derechos básicos de la persona que resulta, junto a otros derechos (entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física, a la igualdad, a la libertad de expresión, y a la justicia como derecho de garantía de todos los derechos), uno de los derechos inherentes a la persona humana más digno de protección en un régimen político verdaderamente democrático." ¹¹⁶

II. En su primera parte, la norma examinada establece en breve enunciado pero con un amplio contenido, el irrestricto derecho a la libertad personal, haciéndose la salvedad que están excluidos de este régimen de protección constitucional "los casos previstos por la ley", que para los fines interpretativos del caso, deben entenderse como todos aquellos que sean señalados explícitamente a través de la ley restrictiva expresa. Al respecto, estimamos pertinente acotar la interpretación que hace ENRIQUE BERNALES, cuando con criterio que compartimos en parte, indica que "el término «ley» se refiere a las normas con rango de ley, es decir, el texto en sentido estricto —además, naturalmente, de las normas con rango constitucional—. Se funda esta afirmación —añade— en que tradicionalmente la regulación de los derechos humanos ha pertenecido a la reserva de la ley porque, en la simbología del Estado representativo, es el órgano legislativo que representa al pueblo a través de sus representantes legisladores" ¹¹⁷. Por nuestra parte, y a partir de las consideraciones vertidas,

¹¹⁵ TERESA FREIXES SANJUAN y JOSE REMOTTI CARBONELL: "EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL". PPU, Madrid, España, 1993; pág. 1.

¹¹⁶ ENRIQUE GARCIA PONS: "RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: LA JUSTICIA Y SUS LIMITES TEMPORALES". JOSE MARIA BOSCH EDITOR S.L., Barcelona, España, 1ª Edición, Noviembre de 1996, págs. 231 y 232.

¹¹⁷ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 171.

MSP

precisamente, estimamos que esta opinión es acertada sólo parcialmente, pues omite considerar la especial circunstancia que se da actualmente, en que mediante Decreto Supremo pueden ser restringidos o suspendidos excepcionalmente, el ejercicio de algunos derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, en cuya virtud, es obvio que dichos dispositivos adquieren igualmente, la condición de normas con rango de ley.

A) En la praxis jurídica constitucional vinculada a situaciones con relevancia penal, consideramos que los casos en los cuales se encuentra permitida legalmente la restricción de la libertad personal, son aquellos en donde exista de por medio un mandato motivado del Juez competente, ya sea como una medida de aseguramiento en la investigación de un caso delictivo; o porque exista una sentencia condenatoria en contra de una persona imponiéndole una pena; o bien, porque se le exija presentarse en forma periódica ante el Juzgado a registrar su concurrencia en los casos de una medida de coerción personal (como sucede en el caso del beneficio de la libertad provisional a un procesado por la justicia penal). También puede proceder esta restricción, cuando la Autoridad Judicial ordena la conducción de una persona bajo grado-fuerza por medio de la policía, a los efectos de prestar una declaración o cumplir con una diligencia; ya sea que se esté incurso en rebeldía por rehuir el llamado judicial o por no atender a las citaciones cursadas, en aquellos casos en que la persona se niega a hacerlo por su propia voluntad, no obstante tener conocimiento de la citación correspondiente.

a) Un tema que tiene gran trascendencia en este rubro, es el relativo a la *prisión provisional*, cuya regulación —tanto doctrinal como legal y jurisprudencial— es objeto de la máxima atención e interés, no sólo en el plano interno de cada Estado sino también a nivel internacional. Esto se encuentra plenamente justificado, dado que desde una perspectiva estrictamente constitucional, la prisión provisional constituye una grave intromisión en el derecho fundamental a la libertad que tienen todas las personas sin ninguna distinción.

Técnicamente, VICENTE GUZMÁN FLUJA la define así: "La prisión pvisional es una medida cautelar, de carácter personal, adoptada en el curso de un proceso penal, en la que, mediante una resolución judicial motivada que reviste la forma de auto, se priva a una determinada persona, de forma transitoria, de su libertad individual a fin de asegurar la presencia del inculpado en el juicio o la ejecución de la pena. Es una medida de naturaleza cautelar, de aseguramiento de las personas, que está presidida por el principio de proporcionalidad." ¹¹⁸

b) Ahora bien, con respecto a las medidas de coerción personal que integran este específico campo de las medidas cautelares en materia procesal penal, ellas se fundan en lo que en la doctrina se identifica como el "peligro procesal". Las medidas coercitivas son definidas por ARSENIO ORÉ GUARDIA ¹¹⁹, "como restricciones al ejercicio de derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros, impuestas durante el transcurso de un proceso penal, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los fines del mismo."

¹¹⁸ VICENTE C. GUZMAN FLUJA: "EL DERECHO DE INDEMNIZACION POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA". Tirant Lo Blanch, España, 1994, pág. 259.

¹¹⁹ ARSENIO ORE GUARDIA: "MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL", págs. 226-228.

MSC

Siguiendo los criterios establecidos por la doctrina —cuyo criterio básico atiende el derecho sobre el cual recae la aplicación de tales medidas—, este mismo autor, clasifica las medidas coercitivas en dos grandes grupos perfectamente diferenciados entre sí: las medidas coercitivas de naturaleza personal; y las medidas coercitivas de naturaleza real.

Las primeras, son aquéllas que recaen sobre la persona del procesado o de terceros, limitándolos en su libertad física. Entre ellas, se cuentan las siguientes: citación; mandato de comparecencia (que puede estar acompañada de restricciones a la libertad y/o caución); impedimento de salida; aprehensión por autoridad policial o por personas particulares (en caso de flagrante delito); arresto; detención; y, prisión preventiva (que puede ir acompañada de incomunicación).

A su vez, las segundas, son aquéllas que recaen sobre el patrimonio del procesado o de terceros, limitando su libre disposición. En este grupo, existen las siguientes: secuestro y apertura de correspondencia y documentos privados; secuestro, incautación y exhibición forzosa de cosas; inhibición (impedimento de poder disponer de un bien, que sin embargo, no está regulada en nuestra legislación penal); medios accesorios (procedimientos tendientes a facilitar la aplicación de las medidas coercitivas) de coerción real, tales como el allanamiento, registro domiciliario, requisita o revisión personal, vigilancia de locales, clausura de locales, e intervención de comunicaciones telefónicas; y, embargo (es importante tener en cuenta que de acuerdo con el Código Procesal Civil de 1993, el embargo ya no significa el desapoderamiento del bien, aspecto configurativo que sí tuvo anteriormente en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 abrogado).

B) Se relaciona igualmente con este punto, una situación que resulta anómala e ilegal, a la que hemos hecho mención anteriormente en forma referencial y que en el argot militar se conoce con la denominación de "leva". Como es sabido, este es un procedimiento que utilizan indistintamente las Fuerzas Armadas, con la finalidad de reclutar a aquellos jóvenes que se encuentran en edad legal de prestar el servicio militar obligatorio, y sin que tengan necesariamente la condición de «omisos»¹²⁰. Es así, como con el propósito de detectar este tipo de casos, con frecuencia se produce —ilegalmente desde luego— la detención masiva de jóvenes e incluso adolescentes que sin estar en esta condición, sin embargo, son "reclutados" cuando se encuentran, ya sea circulando por la vía pública o reunidos en algún lugar público, siendo conducidos a un cuartel militar, sin ninguna garantía respecto a su integridad física como para su seguridad personal; y lo que es peor todavía: únicamente después de haberse consumado la acción de reclutamiento respectiva, los padres o familiares cercanos a éstos, son notificados oficialmente sobre la materialización de dicha acción.

120

Cabe distinguir al respecto, tres clases de omisos: el «omiso a la inscripción», que surge cuando el joven en edad de inscribirse en el servicio militar, no lo hace de acuerdo con las fechas programadas por los Institutos Militares (Ejército, Aviación o Marina); «omisión al canje», que se produce cuando estando inscrito el interesado, no acude en la fecha programada a canjear su boleta de inscripción militar por la respectiva libreta militar, en cuyo caso, se entiende que el inscrito no ha sido seleccionado, o aun encontrándose en esta condición, que hay una razón legal que lo exime del servicio; y, el «omiso al servicio», que se da cuando el inscrito es seleccionado y llamado al servicio militar luego del sorteo, pero no acude a cumplir con su deber para con la Patria.

Debido a estos elementos constitutivos que caracterizan a estos hechos, precisamente, muchos juristas sostienen que se trata de verdaderos casos de secuestro, los cuales deben ser reprimidos judicialmente por el fuero común. En efecto, si bien la Ley del Servicio Militar Obligatorio (vigente desde 1983) no prohíbe el reclutamiento forzoso, en cambio, el artículo 4° del Reglamento del acotado dispositivo, no permite esta práctica restrictiva de la libertad personal desde hace muchos años, de tal forma que la "leva" resulta siendo un procedimiento que carece de sustento legal. Mirado desde este punto de vista, y ante la ausencia de una base normativa expresa que impida afirmar categóricamente que dicha práctica no esté prohibida, sin embargo, ello no significa que por el contrario, se encuentre permitida (no debemos olvidar, además, que las normas que restringen derechos en general, tienen que ser explícitas en la delimitación de los casos hipotéticos a que estén referidas).

Por esta razón, es susceptible que tales hechos sean considerados como delitos de secuestro, máxime cuando se conoce hasta la saciedad, que también los grupos terroristas son adictos al empleo de esta modalidad para el reclutamiento de jóvenes, a quienes adoctrinan y enrolan como "militantes" en contra de su voluntad. Aunque en este último caso, es conveniente hacer hincapié en la manifiesta ilicitud del hecho, el mismo que se encuentra tipificado por el artículo 152 ¹²¹ del Código Penal, que reprime con una pena privativa de la libertad no menor de 30 años, al agente que comete este delito para obligar al agraviado a incorporarse a una agrupación criminal; siendo la pena de cadena perpetua, cuando el agraviado resulta con graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, o si es muerto durante el secuestro o a consecuencia de dicho acto.

C) De otra parte, y tal como se ha señalado líneas supra, la libertad personal presenta igualmente, implicancias tanto de carácter civil como de orden administrativo. Por lo que a tenor del enunciado genérico de la norma, las facultades personales a que se refieren tampoco pueden ser restringidas en forma alguna, ya sea que la acción provenga de alguna autoridad o de cualquier particular. En este sentido, cabe mencionar que el ámbito de la libertad personal a que nos estamos refiriendo, se halla delimitado por el catálogo enunciado en el artículo 2° de la Constitución, que incluye libertades tales como las de conciencia y religión (art. 2.3); la libertad de información, opinión, expresión y difusión (art. 2.4); el derecho de información (art. 2.5); la defensa del honor e intimidad personal y familiar (art. 2.7); la libertad de creación (art. 2.8); el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 2.9); la reserva e inviolabilidad de la comunicación y documentos privados (art. 2.10); la libertad de residencia y derecho de libre tránsito (art. 2.11); la libertad de reunión (art. 2.12); la libertad de asociación (art. 2.13); la libertad de contratar (art. 2.14); la libertad de trabajo (art. 2.15); el derecho de propiedad y herencia (art. 2.16); el derecho de participación popular (art. 2.17); la reserva de convicciones y secreto profesional (art. 2.18); el derecho de petición (art. 2.20); el derecho a la nacionalidad (art. 2.21); el derecho a la paz y tranquilidad (art. 2.22); y el derecho a la legítima defensa (art. 2.23).

III. Por otro lado, resulta importante mencionar en este punto, que la libertad personal también puede ser restringida dentro de un régimen de excepción legalmente declarado, en los casos que se hallan especificados taxativamente según el catálogo a que se contrae el artículo

121

Cabe resaltar, que este numeral (al igual que los artículos 108, 173, 173-A, 188, 189 y 200 del Código Penal), fue modificado en virtud del Decreto Legislativo N° 896, promulgado el 23 de mayo de 1998 y publicado al día siguiente, dentro del paquete legislativo en materia de Seguridad Nacional cuya dación fue autorizada por la Ley N° 26950.

137 de la Constitución Política del Estado. Tales estados de excepción que se encuentran constitucionalmente autorizados, son: el Estado de Emergencia y el Estado de Sitio.

En este sentido, y como ya lo hemos señalado más adelante, por propio imperio de la norma constitucional citada, la declaración de dichos estados de excepción, requieren únicamente el acuerdo del Consejo de Ministros, debiendo ser oficializadas mediante Decreto Supremo, que en este caso, tiene el rango de ley en cuanto a sus efectos.

IV. En su parte final, la norma prohíbe explícita y solemnemente la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

Históricamente, es un hecho confirmado hasta la saciedad, que desde el momento en que se organizó en sociedad, el hombre ha tratado siempre, de someter a su voluntad el trabajo de sus semejantes. Y para ello, ha utilizado diversos medios que han ido evolucionando de acuerdo con el propio progreso de la humanidad. De esta manera, hemos visto como se ha cumplido la actividad humana a lo largo del tiempo, sujeta a un mayor o menor grado de subordinación. Pero también, hemos conocido de la influencia decisiva que ha tenido el trabajo humano en todas las épocas, sobre los acontecimientos de la historia y su desarrollo ininterrumpido. Es en este entorno recorrido por las diversas civilizaciones, donde se han dado prácticas sociales que si bien hoy nos resultan oprobiosas e incompatibles con las ideas dominantes en nuestro tiempo, sin embargo, en siglos pasados eran costumbres que se hallaban plenamente justificadas por la cultura y las ideas políticas y religiosas que por entonces imperaban.

A estas épocas ya superadas, precisamente, pertenecen prácticas ignominiosas como los de la esclavitud y la servidumbre que tan solemnemente son proscritas por la norma analizada. Si bien es cierto que entre ambas existen notables diferencias, también lo es, que son igualmente lesivas para la dignidad humana sin ninguna distinción¹²², en la medida que son limitativas de la libertad personal y por ello mismo, contrarias a los intereses legítimos de la comunidad de hoy en día. Como es sabido, en el régimen de la esclavitud, el amo era el dueño absoluto de la vida y de la libertad del esclavo sometido a su dominio, mientras que en la sociedad feudal, aunque el siervo tenía restringida únicamente su libertad, sin embargo, su vida estaba condicionada al destino de la tierra a la que estaba atado de por vida. Demás está decir, que tan cruel e inaceptable destino se prolongaba invariablemente en ambas formas de explotación socialmente organizada, por los siglos de los siglos —lo que se mantuvo en tanto subsistieron dichos sistemas económico-sociales—, a la descendencia de las personas sometidas.

Estos dos sistemas de explotación del trabajo subordinado, se arraigaron en el Perú tras la gesta de la conquista y la instauración del virreynato español, y se mantuvieron durante la República aun hasta mucho después de proclamada la independencia. En efecto, la historia registra la abolición formal de la esclavitud en el año 1854, pero se sabe que continuó por más tiempo todavía; y en cuanto a la servidumbre, recién fue desterrada con carácter oficial en el año 1969, vía la dación de la famosa y siempre discutida "Ley de Reforma Agraria"

¹²²

Tal es así, que en el lenguaje común se identifican servidumbre y esclavitud como palabras con idéntico significado terminológico, lo que el Diccionario de la Lengua Española pone de manifiesto, al señalar que servidumbre es el "trabajo o ejercicio propio del siervo", y que siervo es "esclavo de un señor".

promulgada por el Gobierno Militar encabezado por el General Juan Velasco Alvarado. Ello no obstante, con el correr del tiempo han aparecido nuevas formas de explotación, generadas por el cada vez más creciente fenómeno de la desocupación, y sus inmediatas consecuencias: la pobreza y la miseria.

A) Es en esta connotación, precisamente, que el dispositivo se orienta a proscribir la explotación económica que se produce, ya sea través de la venta de personas o dedicándolas a actividades viles tales como la prostitución o "trata de blancas", así como a la mendicidad que se organiza con fines lucrativos. Como bien afirma ENRIQUE BERNALES al respecto: "La prohibición de la servidumbre reivindica la plena libertad jurídica de una persona para sí misma y tiene conexión con muchos otros derechos humanos, principalmente con el de la libertad de trabajo y la libertad de tránsito." ¹²³

Ubicados en esta perspectiva, sin embargo, es conveniente resaltar que aun cuando la prescripción que es objeto de examen, constituye una norma de carácter declarativa —la cual es igualmente una forma del principio de legalidad al que hemos aludido anteriormente—, en realidad, ella es muchas veces dejada de lado y aun hasta contradicha en la praxis, por un considerable sector de la población que, se supone, son sus destinatarios idóneamente legítimos. Ello es, indudablemente, uno de los efectos más nefastos y perniciosos ocasionados por la desocupación, la pobreza y la miseria; pues, ante la eventual imposibilidad de encontrarse un trabajo digno y debido a la abundancia de mano de obra desocupada, se genera la existencia de relaciones humanas semi-serviles en gran escala. En este sentido, por ejemplo, cabe notar que a pesar de existir una legislación laboral que regula el régimen de la prestación del trabajo doméstico, sin embargo, ésta consiste en una peculiar forma de servilismo que se tolera en nuestro medio como algo por demás natural; y en ese mismo orden, sucede que ante la proliferación de la llamada empresa informal, subsisten relaciones de trabajo semi-serviles al interior de aquéllas, tanto por las jornadas que cumplen los dependientes como por el salario que éstos reciben a cambio, sobre la base referencial de la llamada "remuneración mínima vital", lo que es un gran caldo de cultivo para la subocupación laboral.

No hay prisión por deudas

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios. (...)"

Este párrafo ratifica igualmente, una norma de derecho de muy antigua tradición impuesta por la revolución liberal, ya que como se sabe, una de las formas en que la persona podía perder su libertad durante el régimen monárquico, era cuando tenía una deuda impaga de por medio, de tal modo que el acreedor adquiría la potestad de hacer encarcelar a su deudor si así lo quería, cuando éste no cumplía con cancelar la deuda asumida. Obviamente, esta práctica no es aceptada en la actualidad, aun cuando cabe mencionar que en el Fuero Privativo, cabe la posibilidad de que cualquiera de los miembros integrantes de las Fuerzas

¹²³ ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS; ob. cit., pág. 172.

Armadas o Policiales puedan ser procesados según el Código de Justicia Militar, cuando dieran lugar a la fundada queja de terceros, basada en deudas no pagadas en su oportunidad por el denunciado.

La única excepción que se establece constitucionalmente, es la detención causada por deudas de alimentos. Esto se justifica, por el hecho de que el incumplimiento de parte del obligado al pago de deudas de carácter alimentario, pone en virtual peligro los derechos más elementales del alimentista, entre los que se incluye el de su propia vida como el valor amenazado de mayor trascendencia en la escala jurídica. Es por ello que en este caso se estima procedente la detención, ya que entre los dos bienes jurídicos puestos en conflicto, la preservación de la vida del agraviado prevalece por sobre el de la libertad personal del infractor.

Principio de legalidad de la norma penal

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté debidamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. (...)"

Es un principio de derecho penal universalmente reconocido y que tiene poco más de dos siglos de antigüedad, el que los jueces estén impedidos de condenar a ninguna persona, por la comisión de un delito que al momento de cometerse no estuviera calificado como tal por la ley penal, o a imponer penas distintas a las que la propia ley hubiera previsto con anterioridad al juzgamiento. Este principio se condensa constitucionalmente bajo la fórmula: ***nullum crimen, nulla poena sine lege***; por cuyo imperio, refiere MIR-BEG LECCA GUILLÉN, "el Estado se autolimita en la incriminación y, por su parte, en el orden procesal, por el principio *nullum poena sine lege* se autolimita también, imponiéndose el deber de asumir calidad de parte en el proceso, con la obligación por parte del acusador de probar tanto el hecho como la responsabilidad del acusado. Este es el Estado de Derecho que desconfía de sí mismo y por ello regula su propia actividad jurisdiccional." ¹²⁴

Este principio regulador del control penal, tiene su origen en la circunstancia de que en el pasado, los gobernantes abusaron del poder muy a menudo, privando no sólo de su libertad a las personas —que en muchos casos eran sus opositores políticos— sino también, ordenando una sanción penal en su contra por actos que, en el momento de haber sido cometidos, no eran delitos o tenían establecidas una pena menor a la que les era impuesta. Es por eso que el principio ***nullum crimen sine lege***, se ha erigido igualmente, en un criterio rector para la interpretación liberal de la ley penal. En cuanto al principio ***nulla poena sine lege***, debe explicitarse que con la caída de las monarquías, se traslada la soberanía que hasta entonces gozaban éstas, en dirección del pueblo; de manera que al nacer los nuevos Estados, tanto a los nuevos pueblos como a los hombres que los integran, se les reconocen también, nuevos derechos y garantías y se les estructuran inéditas instituciones para gobernarlos, servirlos y

¹²⁴ MIR-BEG LECCA GUILLEN: "El Derecho Procesal Penal", págs. 46 y 47.

MR

protegerlos, estableciéndose con esta finalidad, tres grandes órganos de poder que fueron el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. "Surge así, a cargo del Estado —escribe MIR-BEG LECCA—, la función penal que, en su lucha contra el delito, ofrece un amplio prisma de actividad de gobierno que cubre en primer lugar la previsión por ley de las conductas humanas que serán consideradas delito y la sanción que por su comisión corresponde, todo lo cual se pone a cargo del Poder Legislativo y da origen a la incriminación o ley penal." ¹²⁵

Esta política —entiéndase el término en su exacto sentido, o sea, como un enunciado que sirve para orientar y limitar las decisiones del Estado— es también una de las formas que adopta el principio de legalidad. Ahora bien, en un sentido formal, señala el Magistrado VICTOR PRADO SALDARRIAGA, ello implica que "sólo la ley puede señalar que conductas son delictivas y cuales son las penas que se pueden imponer a tales actos ilícitos. Asimismo, este principio dispone que sólo puede sancionarse como autor de delito, a quien realizó un acto que previamente la ley, de modo inequívoco, había calificado como delictivo." ¹²⁶

Presunción de inocencia

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. (...)"

I. Según la doctrina de los Derechos Humanos, la presunción de inocencia a que se refiere este apartado, constituye la más elemental de las garantías judiciales en materia penal, y está destinada a que la dignidad de la persona fundada en ella, sea respetada por todos, en tanto no se haya declarado judicialmente su responsabilidad como autor de un delito por el cual es acusado. Sin embargo, como dice MIR-BEG LECCA, "la presunción de inocencia no impide que durante el proceso se adopten medidas cautelares como la detención preventiva o el embargo de bienes, cuando la ley así lo autoriza en base a presunciones de culpabilidad. Estas medidas se basan en sospechas contra el acusado, pero el esclarecimiento certero y definitivo de la realización del hecho y de su responsabilidad, sólo puede ser establecido en la sentencia." ¹²⁷

En cuanto se refiere a las razones por las cuales, el imputado en un proceso penal debe beneficiarse con la presunción de inocencia, CARLOS SANTIAGO NINO refiere que este principio, "obliga al Estado a demostrar positivamente los hechos que hacen a la intervención en un hecho delictivo y a la responsabilidad por esa participación; esta presunción es una barrera imperativa frente a los abusos de poder que se hacían posibles si la actividad acusatoria pudiera tomar como base las meras sospechas, o si los ciudadanos se vieran permanentemente obligados a demostrar su inocencia." ¹²⁸

¹²⁵ MIR-BEG LECCA GUILLEN; ob. cit., pág. 45.

¹²⁶ VICTOR PRADO SALDARRIAGA: "Comentarios al Código Penal de 1991". Editorial Alternativas S.R.L., Lima, Perú, 1993; pág. 27.

¹²⁷ MIR-BEG LECCA GUILLEN; ob. cit., pág. 38.

¹²⁸ CARLOS SANTIAGO NINO; ob. cit., pág. 451.

MSC

II. Por otro lado, y a manera de ilustración, cabe señalar que en el plano jurídico existen dos clases de presunciones: las presunciones «*juris-tantum*», que subsisten en toda su plenitud, mientras no se demuestre lo contrario en relación al punto; y las presunciones «*juris et de jure*», que operan automáticamente y de pleno derecho por expreso mandato de la ley, las cuales se caracterizan, porque excluyen radicalmente toda posibilidad de prueba en contrario con respecto al caso.

Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia a que alude la norma comentada, tiene el carácter jurídico de "*juris-tantum*", ya que el Estado tiene la imperativa obligación de probar la responsabilidad de todo procesado; siendo la oportunidad para hacerlo, durante el curso de su actividad jurisdiccional legalmente regulada, la misma que se produce a través de la acción de los jueces, dentro de un proceso judicial ad-hoc establecido para cada uno de los casos contemplados. De manera que correlativamente, el procesado no está obligado a demostrar su inocencia, por cuanto ella se presume legítimamente hasta tanto no se exhiba prueba en contrario sustentatoria de los cargos imputados. Sobre este principio, explica ARSENIO ORÉ: "Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en estado de sospecha durante toda la tramitación del proceso, y que sólo tendrá fin cuando se dé la sentencia que resuelva definitivamente el caso. La importancia de la presunción de inocencia se relaciona con la carga de la prueba, pues si la inocencia se presume, es lógico entonces que corresponde a los autores de la imputación probar la verdad de los cargos" ¹²⁹. En nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, el Ministerio Público tiene a su cargo la función de aportar los medios probatorios sobre la imputación de un delito, ya que por ser el titular de la acción penal en los delitos perseguibles de oficio, tiene a su cargo la responsabilidad de la carga de la prueba.

Como puntualiza en otra parte el mismo ARSENIO ORÉ, "este principio debe regir desde el comienzo del proceso en las normas para detener, para enjuiciar o para condenar. Para cualquiera de estas decisiones se exige siempre una prueba de culpabilidad. Si bien en las dos primeras esa prueba puede no ser plena, se exige siempre una determinada prueba que pese más que la presunción de inocencia." ¹³⁰

III. Ahora bien, no obstante consagrarse el principio de que la inocencia se presume mientras no se haya declarado judicialmente la responsabilidad penal de una persona, en la práctica policial sucede precisamente todo lo contrario —una suerte de prejuicio que muchas veces trasciende también al ámbito judicial— de manera que en base a suspicacias extremas, en realidad, se presume *a priori* la responsabilidad penal de una persona sujeta a investigación, quien queda virtualmente obligada a tener que "probar" su inocencia, lo que ciertamente es un absurdo. Lo lamentable del caso, es que esta recusable costumbre se ha extendido también al ámbito judicial, en donde muchas sentencias emitidas en el fuero penal señalan sin el menor reparo en su parte considerativa, que entre otros criterios —cuando no, el único— para imponerse la sanción penal respectiva, se tiene en cuenta... ;"que el encausado no ha probado su inocencia"! Como es obvio suponer, esta clase de invocación para sustentar las sentencias condenatorias sobre la autoría de un hecho delictuoso, existe por doquiera en los anales verdaderamente sorprendentes, de nuestro tan controvertido y no menos desacreditado sistema de justicia penal.

¹²⁹ ARSENIO ORE GUARDIA: "Estudios de Derecho Procesal", pág. 18.

¹³⁰ ARSENIO ORE GUARDIA: "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial Alternativas S.R.L., 1ª Edición, Lima, 1996, pág. 36.

Es en esta medida, que parafraseando al Profesor FLORENCIO MIXAN MASS, creemos pertinente formularnos la siguiente pregunta: ¿cuál es, entonces, la real situación jurídica del procesado, si está amparado por la presunción de inocencia?. La respuesta nos la da el propio autor: "Su situación jurídica implica un estado de sospecha. Este status oscila entre lo posible y lo probable; solamente mediante la debida actividad probatoria se resolverá la incógnita: se descubrirá o la verdad o la falsedad o el error en la imputación." ¹³¹

Sin embargo, la práctica judicial y policial ¹³² que se da en nuestro vetusto sistema procesal penal, nos revela significativamente un razonamiento conceptual muy diferente, el mismo que se caracteriza por soslayar deliberadamente —cuando no, incluso hasta negar—, la plena validez de este principio constitucional.

Garantías de la libertad individual

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

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

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término. (...)"

I. Este apartado reproduce una antigua norma que fuera recogida en su momento por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia, la misma que establecía que nadie podía ser detenido durante más de veinticuatro horas si no era por mandato del juez.

En esta connotación, es importante destacar que una tercera forma en la que se halla constitucionalizada la libertad, es el derecho a lo que se denomina la "libertad física", que consiste en el derecho inmanente que tiene toda persona, a no ser privada de su libre movimiento ni de la capacidad de circular con entera libertad.

¹³¹ FLORENCIO MIXAN MASS: "Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal", pág. 257.

¹³² Nos vemos precisados a incluir en este rubro a la policía, porque de acuerdo con expresas normas procesales de excepción dictadas sobre Seguridad Ciudadana, la investigación realizada a nivel policial tiene pleno valor probatorio (lo que contradice el principio procesal penal de que ninguna prueba es plena, además de que nos coloca ante una suerte de prueba tasada) sobre los hechos que son materia de él; de tal forma que el atestado policial, ya no tiene simplemente el valor procesal de una mera denuncia. Es más, casi todos los jueces (tanto del fuero común como militar), simple y llanamente repiten en sus sentencias las conclusiones a que arriba la policía, dando como resultado que en la práctica, el juzgamiento se produce en realidad, anticipadamente y durante la etapa policial.

II. En cuanto se refiere a su contenido, la norma sometida a examen establece como un requisito de carácter general el de que toda detención debe estar precedida por orden escrita y motivada de la autoridad competente (es decir, del juez ¹³³). El fundamento de esta prescripción, es garantizar que nadie pueda ser detenido como consecuencia de un mero acto de autoridad, salvo en el caso de que exista una situación de flagrante delito o de que haya una orden judicial correctamente expedida, es decir, dictada dentro de los cauces que la ley determina para el efecto. Complementariamente, se requiere que la orden judicial se encuentre "motivada", lo que significa que deben exponerse pormenorizadamente los hechos de que se trate así como precisarse la norma jurídica aplicable al caso. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha venido señalando a través de su jurisprudencia que cuando para la detención de una persona no se observan estos requisitos se comete una detención arbitraria.

Sin embargo, este principio reconoce como una excepción, el supuesto de que el arresto se produzca por haber sido encontrado el sujeto, "*in fraganti*" en la comisión de ciertos hechos ilícitos de carácter penal de comisión inmediata, en los que debido a su naturaleza cabe esta posibilidad. De tal forma, este dispositivo faculta a que los miembros de la policía puedan practicar una detención sin estar premunidos de la respectiva orden judicial, cuando se trata de un caso de «flagrante delito». Al respecto, el inciso 8° del artículo 106 del Código Procesal Penal de 1991 —que en su casi totalidad siempre estuvo en "*vacatio legis*", o sea, sin vigencia— define a la *flagrancia* como una situación de hecho que se da, "cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haber cometido delito, o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo".

A la luz del enunciado de la norma y de esta definición, es conveniente aclarar en este punto, la ilegalidad de muchas detenciones que con frecuencia se producen en nuestro medio, ya sea por parte de la policía o también de los entes de gestión municipal denominados "Serenazgo", y aun hasta de las propias Fuerzas Armadas durante épocas en donde no existe declaratoria de suspensión de derechos constitucionales individuales. En virtud de este dispositivo, es evidente que de ninguna manera se justifica la arbitrariedad de que se detenga a una persona, por el mero hecho de encontrarse indocumentado como a menudo sucede, por ejemplo, durante la realización de una "batida" policial o un operativo municipal, o que aun contando con sus documentos de identificación personal en regla, sea detenido para "esclarecer" supuestas sospechas con relación a la conducta personal del afectado.

Es evidente pues, que lo anteriormente descrito resulta sumamente censurable desde todo punto de vista, máxime que aun en el caso hipotético de un encausamiento judicial, "el imputado de la comisión de un delito —como lo refiere ARSENIO ORÉ— por grave que éste sea, no pierde de ninguna manera los derechos fundamentales que son inherentes a la persona humana. Sólo pueden ser restringidos, en casos claramente establecidos, como acontece con el de la libertad individual de desplazarse. Restringidos, pero de ningún modo eliminados o anulados." ¹³⁴

¹³³ Cabe resaltar, que a tenor de la terminología incorporada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Magistrados en general (sin importar su nivel de jerarquía jurisdiccional), son identificados con la común denominación de «jueces», vocablo éste que es utilizado por la Constitución.

¹³⁴ ARSENIO ORE GUARDIA; ob. cit., pág. 33.

III. Por otro lado, la disposición sometida a examen contiene tres casos de excepción —al igual que la Carta que le antecedió— que han sido incorporados en la Constitución vigente: terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. Según esta norma, la detención preventiva (sin mandato judicial) de los presuntos implicados, efectivizada por parte de las autoridades policiales, puede prolongarse hasta por quince días calendarios. En estos tres casos, para poder efectuar la correspondiente investigación, la policía sólo está obligada a "dar cuenta" (o sea, a informar) al representante del Ministerio Público y al Juez, quien, si es que lo considera pertinente, puede asumir jurisdicción (es decir, avocarse al conocimiento del caso) antes del vencimiento de dicho término, de conformidad con lo prescrito por la referida norma, lo que por supuesto, casi siempre no pasa de ser tan sólo una mera formalidad.

En todos los demás casos, sin excepción alguna, la persona detenida debe ser puesta a disposición del juzgado correspondiente dentro de las 24 horas o en el término de la distancia de producida la misma. En el caso de no procederse así, se producirá el presupuesto de hecho que da lugar a la consumación de una detención arbitraria, dando lugar a las responsabilidades correspondientes por parte de los infractores de la norma.

Es por esta razón, que al vencimiento de los plazos máximos que se establecen (24 horas o 15 días naturales, según sea el caso de que se trate), sin que la persona detenida haya sido puesta a disposición del juez competente, resulta procedente la interposición de la acción constitucional de *hábeas corpus* correspondiente, porque a partir del vencimiento del plazo señalado en tal caso se tratará, indefectiblemente, de una detención indebida del afectado.

A) En este punto, no podemos dejar de comentar el Decreto Legislativo N° 895, promulgado dentro del paquete de dispositivos excepcionales aprobados por el Gobierno Central en virtud de las facultades delegadas por el Congreso mediante la Ley N° 26950 ¹³⁵, como parte de la lucha contra la delincuencia común, los mismos que fueron calificados por la norma legal autorizativa dentro del ámbito de la "Seguridad Nacional".

IV. Para concluir este apartado analítico, y en base a la clasificación que hace ARSENIO ORE ¹³⁶ al respecto, cabe señalar, que la detención admite en nuestra Constitución, las siguientes modalidades:

a) *Detención extrajudicial policial*, que es practicada por las autoridades policiales en el caso de flagrante delito;

b) *Detención preventiva policial* —igualmente realizada por la policía— hasta por 15 días, en delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje; y,

c) *Detención por orden judicial*, que se efectúa mediante mandamiento escrito y motivado del Juez competente.

¹³⁵ Al respecto, esta Ley sugirió una clara renuncia de las facultades legislativas del Congreso, y se produjo por acción de la mayoría oficialista, que en abierto reconocimiento a la ineptitud del gobierno para enfrentar los embates de la delincuencia común, no dudó en convertir esta problemática de naturaleza ciudadana, en una cuestión de "Seguridad Nacional".

¹³⁶ ARSENIO ORE GUARDIA: "Estudios de Derecho Procesal", pág. 11.

Derechos del detenido

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida. (...)"

La incomunicación a que se contrae este párrafo, es una disposición temporal de carácter excepcional que reviste extrema gravedad contra una persona sujeta a investigación, esencialmente, porque puede privarla de la seguridad personal y de la propia defensa imparcial. Ciertamente, aun cuando la incomunicación autorizada por la norma debe hacerse en la forma y por el tiempo previstos por la ley, sin embargo, esta norma constituye un latente peligro para la seguridad de las personas, por cuanto se permite que la incomunicación pueda ser decretada por el juez y hasta, inclusive, por la autoridad policial.

Desde luego, aplicando la *lógica de lo razonable* a que alude el jus-filósofo LUIS RECASÉNS SICHES ¹³⁷, cabe sugerir que esta restricción sea aplicada tan sólo en casos realmente necesarios, sin incluirse en los alcances de la incomunicación al Abogado defensor, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 139-inciso 14 de la Constitución, relativo al derecho de defensa. En este sentido, es pertinente acotar el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales aún vigente, que regula lo relativo a la incomunicación del inculpado, inclusive, después de prestada su declaración inductiva y hasta por un plazo máximo de 10 días. Este dispositivo prescribe que la incomunicación no impide las conferencias entre el procesado y su Abogado defensor, lo que abona a nuestra sugerencia, máxime que si la norma constitucional comentada no prohíbe en forma expresa la intervención del Abogado defensor (cuya participación es parte del principio de defensa), entonces, pues, no hay razón para que se le impida entrevistarse con su defendido. Este criterio se basa en el principio de que las normas que restringen derechos, deben ser interpretadas en sentido igualmente restringido.

La parte final de este apartado, obliga a la autoridad que tenga bajo detención e incomunicación a una persona, a señalar sin dilación y por escrito, el lugar en donde se encuentra la persona detenida. En el caso de no procederse así, dicha autoridad incurre en responsabilidad, la misma que puede revestir tres formas: la de indemnizar a quien es detenido sin indicación del lugar; el de responder en la vía penal por lo que en el fondo constituye un acto de secuestro y un abuso de autoridad; o el asumir responsabilidad de tipo disciplinario emergente de la arbitrariedad cometida en el ejercicio de las funciones, atendiendo a su condición de servidor público.

137

El jus-filósofo LUIS RECASÉNS SICHES, distingue entre la *lógica de lo racional* y la *lógica de lo razonable*, señalando a esta última, como una actividad valorativa impregnada de estimativa que, en su concepto, deben aplicar los Magistrados en su fallos judiciales ("*Filosofía de la Jurisprudencia*": Conferencia dictada el año 1971 en el Colegio de Abogados de Lima, y publicada en la "REVISTA DEL FORO" N^{os} 1-2-3, Año LIX, Enero-Diciembre de 1972; Lima, Perú, págs. 126-127).

MJR

Prohibición de la violencia, tortura y tratos inhumanos

"Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad. (...)"

Este apartado nos pone ante lo que en el Derecho Procesal Penal se denomina la "*cláusula de no incriminación*", que tiene su origen en la prohibición de la tortura y cualquier otra forma de coacción contra el imputado, y cuyo propósito sea la obtención de una declaración destinada a ser empleada como prueba, ya sea en su propia contra como en la de terceros. Este principio se define como el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Se trata de una respuesta de la civilización que se da en el plano jurídico contra la censurable y repudiable práctica de la institucionalización de la tortura, cuya aparición tuvo lugar en Roma, y que luego de reafirmarse en las monarquías cristianas del siglo XIII, se difundió en toda Europa continental durante la Baja Edad Media, predominando posteriormente en las legislaciones de los siglos XVI, XVII y XVIII, como un medio que se utilizaba para obtener declaraciones autoinculpatorias en los acusados. En el plano jurisdiccional, la tortura es parte esencial de lo que en el Derecho Procesal se denomina como *Sistema Inquisitivo*, que en palabras de ARSENIO ORE, "es un sistema de enjuiciamiento penal que responde a una concepción absolutista del poder central, el cual implica, como es sabido, la concentración de todas las facultades y atributos del poder en una sola mano... [El acusado] representa un objeto de persecución, y no es sujeto de derechos, y no tiene posibilidad de defenderse de la imputación que se le ha formulado, y se utilizaban métodos crueles para obligarlo a que se incriminase a sí mismo. No tenía derecho al patrocinio de un defensor... [En la valoración de la prueba] rige el sistema legal positivo, en cuyo marco la confesión del reo tiene la categoría de reyna de las pruebas. No se podía condenar a nadie si no se había obtenido previamente una completa confesión, aunque para ello tuviese que recurrirse a la tortura." ¹³⁸

Los procesalistas sostienen, igualmente, que una modalidad encubierta de coacción consiste en exigir al imputado el juramento o promesa de honor de decir la verdad, con el propósito de lograr una eventual confesión de parte de éste. Asimismo, que la voluntad del procesado no debe ser viciada por error propio o provocada por engaños, dádivas o cualquier otra clase de promesa, como a veces sucede en la práctica policial —lo que se expresa en el famoso recurso del "policía bueno" y el "policía malo"—, donde se le ofrece la posibilidad de liberársele o favorecerse en la investigación para facilitar su liberación a nivel judicial el caso de que confiese o "coopere" ¹³⁹.

¹³⁸ ARSENIO ORE GUARDIA: "*Código Procesal Penal*". Editorial Alternativas S.R.L., 1ª Edición, Lima, 1992, págs. XXIII y XXIV.

¹³⁹ ARSENIO ORE GUARDIA: "*Estudios de Derecho Procesal Penal*", pág. 15.

MSE

Todo lo anterior nos lleva inevitablemente a concluir, que la violencia en todas sus formas —que en la norma constitucional se califican como tortura y tratos inhumanos o humillantes— son métodos inadmisibles que están reñidos con los más elementales principios de la convivencia humana. Sobre todo, porque al mismo tiempo, vulneran varios derechos constitucionales tales como el derecho a la salud, al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la integridad moral, psíquica y física, cuando no, inclusive hasta el propio derecho a la vida, tal como ha ocurrido en muchos casos que han escandalizado a la opinión pública y que se han producido como consecuencia de los excesos cometidos. Es por eso que resulta algo esencial —y por ello mismo, tanto más arduo— desplegar todos los esfuerzos que sean necesarios para desterrar e impedir la tortura.

La segunda parte del inciso, faculta a que cualquiera pueda pedir de inmediato, que se le practique un examen médico a la persona que sea agraviada por medio de torturas, o de aquella que habiendo sido víctima de éstas, se encuentre en imposibilidad de poder recurrir por sí misma ante la autoridad. Esta disposición, concuerda con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que por coincidencia, contienen en su artículo 5º el reconocimiento del derecho a no ser sometidos a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el derecho a la integridad personal, respectivamente.

Los dos últimos párrafos de la norma, tienen la finalidad de garantizar la seguridad de las personas contra los abusos que se pudieran cometer al realizarse el interrogatorio de una persona que esté sujeta a investigación. Se trata de un principio que es acogido por nuestra Constitución, a través del cual se prohíbe el uso de la violencia como un medio de obtener declaraciones por esa vía vedada, por cuya razón, carecen de todo valor probatorio. Es por eso, que a fin de preservar la eficacia prohibitiva de esta disposición, adicionalmente, se establece que quien haga uso de la violencia con tan recusables propósitos, incurre en delito que debe ser sancionado con la pena correspondiente.

Protección de otros derechos constitucionales

"Artículo 3º.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."

Este numeral, tiene la finalidad de garantizar la eficacia de otros derechos que si bien no están incluidos expresamente en este capítulo, sin embargo, están contenidos en otras partes de la Constitución. Es por eso que se hace la salvedad de que los derechos anteriormente descritos, no son todos los que reconoce la Carta Magna, y que de acuerdo con la enumeración que hace MARCIAL RUBIO ¹⁴⁰ al respecto, señalamos a continuación:

¹⁴⁰ MARCIAL RUBIO CORREA, ob. cit., pág. 35.

MC

- Los demás que la Constitución garantiza, entre los cuales se cuentan varios derechos establecidos como garantías de la administración de justicia que contiene el artículo 139.
- Otros de naturaleza análoga a los establecidos en el texto constitucional.
- Los que se fundan en la dignidad del hombre.
- Los que se fundan en el principio de soberanía del pueblo.
- Los que se fundan en el Estado democrático de derecho.
- Los que se fundan en la forma republicana de gobierno.

De esta manera, se amplían los parámetros del campo de los derechos personales permitiéndose con ello, la gran posibilidad de otorgar una amplia protección a la persona.

Finalmente, cabe resaltar que en forma acertada, la norma no repite el error cometido por su antecesora del año 1979, la misma que hacía extensivos los alcances de los derechos de la persona humana (que por lo demás, tenían mucha más amplitud sistemática), igualmente, en favor de las personas jurídicas. Lo que mereció muchas críticas en su momento ¹⁴¹, atendiendo al carácter de personas ideales, abstractas o morales que tienen estas últimas, y que según el cuestionado criterio de «no distinguir en donde la ley no distingue», podía extenderse inclusive a las sociedades mercantiles, con todo el amplio plexo de absurdas aplicaciones a que diera lugar en vista de sus amplias implicaciones jurídicas.

ooooo OOO ooooo

M/LC

¹⁴¹ OSCAR MACEDO LOPEZ; ob. cit., pág. 166.

IV. MATERIALES Y MÉTODOS

1) EL UNIVERSO

El universo en el que se ha desarrollado la presente investigación, está determinado por el contenido normativo y la evolución de los criterios seguidos en la interpretación y aplicación de los Derechos Humanos incorporados en la vigente Constitución Política del Perú.

En este sentido, se ha sistematizado el desarrollo seguido por los Derechos Humanos desde que se incorporaron en las Constituciones Políticas del Perú hasta la vigente, promulgada en el año 1993, a fin de compenetrarnos en su manejo como norma jurídica de obligatorio cumplimiento tanto por parte del Estado así como de todas las personas que conforman la población integrante de este ente.

Este proceso ha sido seguido con la intención de contribuir a la formulación de una teoría vigente y eficaz sobre los derechos humanos, que se constituya en la base de una interpretación constitucional propia acorde con la realidad social y jurídica del Perú.

Finalmente, los resultados obtenidos se utilizarán en el proceso de formación profesional de los alumnos de las especialidades de Ingeniería Eléctrica e Ingeniería Electrónica de la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica.

2) TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS

Conforme se ha señalado específicamente en el correspondiente proyecto de investigación al que está referido el presente informe, de acuerdo con la naturaleza del mismo se ha utilizado la técnica de la recolección de información bibliográfica, la misma que ha sido efectuada a través de fichas de lectura para los aspectos referentes a la doctrina jurídica y el análisis correspondiente, habiéndose citado a través de las notas bibliográficas consignadas a pie de página.

Asimismo, se ha procedido al análisis jurídico de los Derechos Humanos que se hallan reconocidos en la Constitución Política del Estado vigente, así como a su contrastación con la realidad nacional mediante las fuentes consultadas y citadas, las mismas que han sido obtenidas. Se anexan al presente informe algunos de los documentos obtenidos en el desarrollo del presente trabajo de investigación.

3) TÉCNICAS ESTADÍSTICAS

Debido al carácter estrictamente documental de la presente investigación, no ha sido necesario recurrir a esta clase de técnicas de investigación, y, además, porque de acuerdo a su naturaleza bibliográfica, el procesamiento y selección de la información recopilada y analizada no ha requerido de la misma, por tratarse de normas jurídicas que se contienen en la Constitución Política del Estado, así como de jurisprudencias de alcance general emitidas en materia de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional.

V. RESULTADOS

A) CONCLUSIONES

Primera: La sistematización del desarrollo seguido por los Derechos Humanos a partir de su incorporación en las Constituciones Políticas del Perú hasta la actual, sancionada el año 1993, permite establecer un compendio de derechos y deberes que se encuentra vigente, ya que tienen el carácter de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento tanto por parte del Estado como de todas las personas que integran este ente.

Segunda: Este proceso contribuirá a la formulación de una teoría vigente y eficaz sobre los derechos humanos en el Perú, el mismo que se constituirá en la base para una interpretación constitucional propia acorde con la realidad social y jurídica del Perú.

Tercera: El presente trabajo de investigación contribuirá a la óptima y eficaz formación profesional de los alumnos de las Escuelas Profesionales de Ingeniería Eléctrica e Ingeniería Electrónica de la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica.

B) DISCUSIÓN

Aun cuando los resultados obtenidos al finalizar la presente investigación no pueden ser objeto de discusión con otros resultados obtenidos anteriormente por otros investigadores, y, asimismo, a pesar de que los estudios realizados por éstos a los cuales se han accedido en el mercado bibliográfico, difieren tanto en su objeto como en el tratamiento dado a las materias analizadas; sin embargo, han permitido elaborar una sistematización actualizada y original sobre los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales preceptuados en la Constitución Política vigente.

Sobre este particular, cabe señalar que a diferencia de las investigaciones ejecutadas anteriormente por el autor, en esta oportunidad se ha hecho especial incidencia en la elaboración de una doctrina apropiada y que se halla en estrecha correspondencia con la realidad nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, y a manera de conclusión final en este apartado, cabe señalar, que debido al carácter doctrinario y bibliográfico de la presente investigación no es posible efectuar una mayor discusión de resultados en la forma que pudiera darse en otra disciplina investigativa, debido a que cada investigador tiene un criterio y estilo de interpretación propios al respecto.

VI. REFERENCIALES

- 1) AFTALIÓN, GARCÍA OLANO, VILANOVA: *"Introducción al Derecho"*. Buenos Aires, Librería El Ateneo, 6ª edición, 1960.
- 2) ALTERINI, ATILIO ANIBAL: *"DERECHO PRIVADO"*. Editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, 1995, reimpresión de 3ª Edición; Tomo I.
- 3) ANIBAL ALTERINI, ATILIO: *"LA INSEGURIDAD JURIDICA"*. Editorial ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina, Setiembre de 1993.
- 4) ALVAREZ LEDESMA, MARIO I.: *"INTRODUCCION AL DERECHO"*. México, MacGraw-HILL Interamericana de México S.A. de C.V., 1ª Edición, 1995.
- 5) ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX: *"EXEGESIS"*. Ediciones Librería Studium, Primera Edición, Lima, Perú, 1986; Tomo I.
- 6) BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE: *"LA CONSTITUCION DE 1993. Análisis Comparado"*. Instituto Constitución y Sociedad; 3ª Edición, Lima, Perú, Noviembre de 1997.
- 7) BOBBIO, NORBERTO: *"Estado, gobierno y sociedad"*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996
- 8) BOLADERAS MARGARITA: *"Libertad y Tolerancia. Éticas para sociedades abiertas"*. Barcelona, Editorial de la Universidad de Barcelona, 1993.
- 9) BOWLES, SAMUEL: *"INTRODUCCION A LA ECONOMIA: COMPETENCIA, AUTORITARISMO Y CAMBIO EN LAS ECONOMIAS CAPITALISTAS"*. Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- 10) BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO y GARCIA CANTIZANO, MARIA DEL CARMEN: *"Manual de Derecho Penal - Parte Especial"*. Editorial "San Marcos", 2ª Edición, Lima, Perú, 1996.
- 11) CARNELUTTI FRANCESCO: *"Teoría General del Derecho"*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- 12) CABALLERO SIERRA, GASPAR y ANZOLA GIL, MARCELA: *"Teoría Constitucional"*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial TEMIS S.A., 1995.

- 13) CABANELLAS, GUILLERMO: "DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL". Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 21ª Edición, 1989, Tomo II.
- 14) CALVO HERNANDO, MANUEL: *"La Ciencia en el Tercer Milenio. Desafíos, direcciones y tendencias"*. McGraw-Hill/Interamericana S.A., Madrid, 1995.
- 15) CASTRO CONTRERAS, JAIME: *"SOCIOLOGIA PARA ANALIZAR LA SOCIEDAD"*. Editorial Universal, Lima, Perú, 1986.
- 16) COSSIO: *"La valoración jurídica y la ciencia del derecho"*. Buenos Aires, Editorial Arayú, 1954.
- 17) CUETO RÚA JULIO: *"Fuentes de Derecho"*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1971.
- 18) DURÁN Y LALAGUNA PALOMA: *"Notas de Teoría de Derecho"*. Publicaciones Universidad Jaume I, 1997.
- 19) ENGELS, FEDERICO: *"Dialéctica de la Naturaleza"*. Ediciones "El Alba", Lima, Perú, 1989 (reproducción de la 1ª Edición publicada por Editorial Pavlov, México, 1945).
- 20) ESPESO SANTIAGO JOSÉ AVELINO: *"Manual para la formación de técnicos de prevención de riesgos laborales"*. Valladolid, Editorial Lex Nova S.A., 9ª edición, noviembre de 2006.
- 21) FAYT, CARLOS: *"DERECHO POLITICO"*. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 6ª Edición, 1985.
- 22) GARCÍA BELAUNDE DOMINGO: *"Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho"*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1982.
- 23) GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO: *"LAS CONSTITUCIONES DEL PERU"*. Edición Oficial, Ministerio de Justicia; WG Editor E.I.R.L., 1ª Edición, Julio de 1993.
- 24) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO: *"Introducción al estudio del Derecho"*. México, Editorial Porrúa S.A., reimpresión de la 47ª Edición, 1995.
- 25) GARCÍA RUIZ, JOSÉ LUIS: *"Introducción al Derecho Constitucional"*. Editorial Universidad de Cádiz, 2010.
- 26) GARCIA TOMA, VICTOR: *"La Ley en el Perú"*. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L., 1ª edición, febrero de 1995, pág. 15.

- 27) GUZMAN FLUJA, VICENTE C.: *"EL DERECHO DE INDEMNIZACION POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA"*. Tirant Lo Blanch, España, 1994.
- 28) HÄBERLE, PETER: *"La libertad fundamental en el Estado constitucional"*. Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.
- 29) KELSEN, HANS: *"Teoría pura del Derecho"*, Argentina, Editorial de la Universidad de Buenos Aires (EUDEBA), 4ª edición, marzo de 1999.
- 30) KRESALJA ROSELLÓ, BALDO: *"El principio de subsidiariedad en materia económica. Análisis de las constituciones peruanas de 1979 y 1993"*. Palestra Editores S.A.C., Serie Derechos y Garantías, Perú, 1ª edición, diciembre de 2010.
- 31) LACRUZ BERDEJO JOSÉ LUIS: *"Elementos de Derecho Civil"*. Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1988; Volumen primero.
- 32) LEGAZ Y LACAMBRA: *"Introducción a la Ciencia del Derecho"*. Barcelona, Editorial Bosch, 1943.
- 33) MACEDO LOPEZ, OSCAR: *"El Nuevo Derecho Social y la Constitución Peruana"*. Editorial San Marcos, 2ª Edición, 1990, Lima, Perú.
- 34) MARTINEZ VERA, ROGELIO: *"Fundamentos de Derecho Público"*. Editorial McGraw-Hill Interamericana de México S.A. de C.V., 1ª edición, 1994.
- 35) MAZUELOS COELLO, JULIO: *"Lecciones de Derecho Penal"*. Editorial "San Marcos", Lima, Perú, 1995.
- 36) MIRANDA CANALES, MANUEL: *"EL DERECHO DE LOS CONTRATOS"*. Ediciones Jurídicas, Lima, Perú, 3ª Edición, 1995.
- 37) MONROY CABRA, MARCO GERARDO: *"Introducción al Derecho"*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Editorial TEMIS S.A., 10ª Edición, 1996.
- 38) ORE GUARDIA, ARSENIÓ: *"Código Procesal Penal"*. Editorial Alternativas S.R.L., 1ª Edición, Lima, 1992.
- 39) ORTEGA Y GASSET, JOSE: *"Unas lecciones de Metafísica"*. En "OBRAS COMPLETAS", Ed. Alianza Editorial, Revista de Occidente, Madrid, 1988.
- 40) PÉREZ LUÑO ANTONIO: *"Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución"*. Madrid, Tecnos, 4ta. Edición.
- 41) PEÑA FARFAN, SAUL: *"CONSTITUCIÓN POLÍTICA 1993"*. Cultural San Marcos, Lima, Perú, 1995.

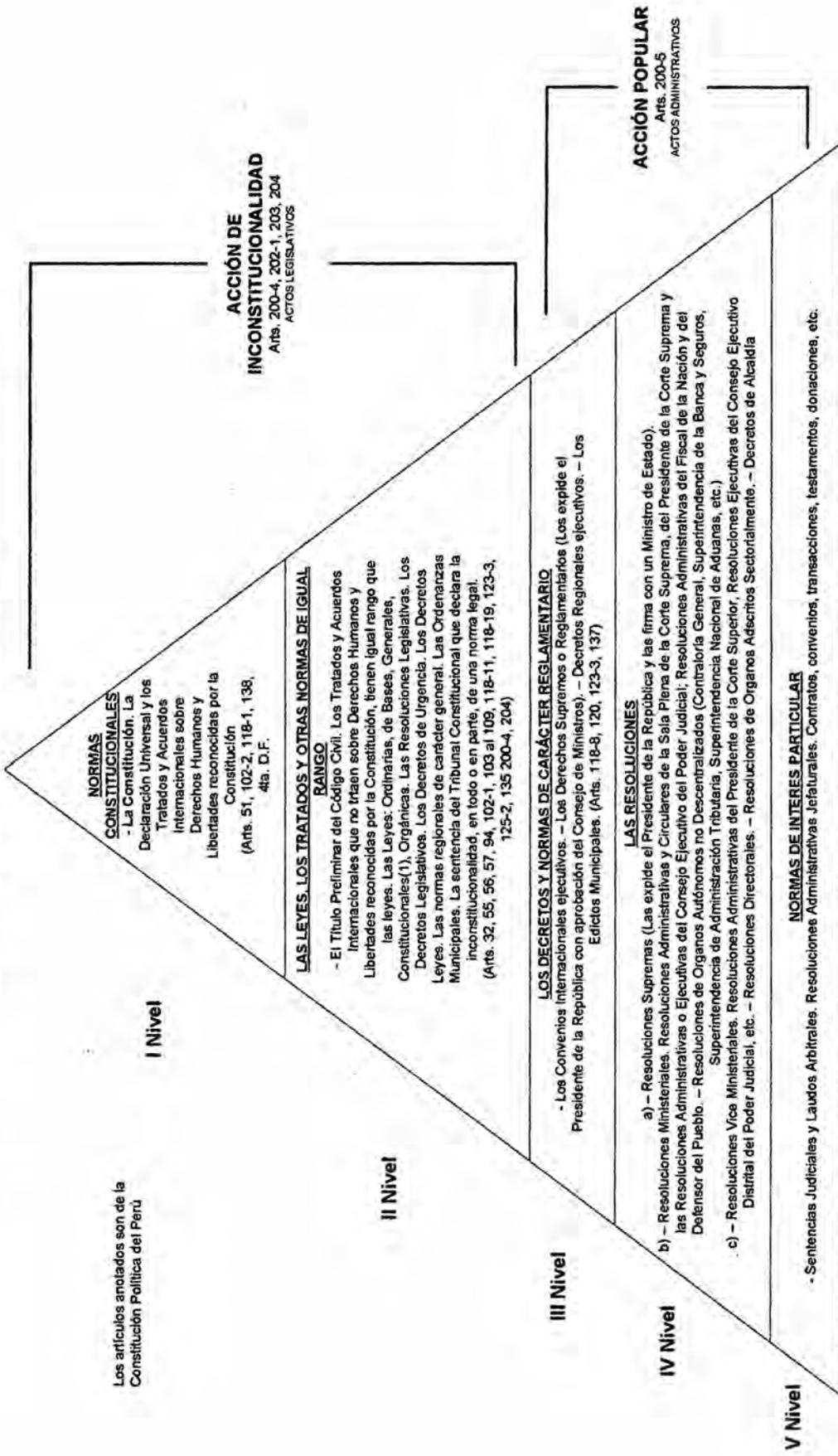
- 42) PRADO SALDARRIAGA, VICTOR: *"Comentarios al Código Penal de 1991"*. Editorial Alternativas S.R.L., Lima, Perú, 1993.
- 43) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *"Diccionario de la Lengua Española"*. ESPASA, edición 2005; Tomo XII.
- 44) RECASENS SICHES, LUIS: *"Introducción al Estudio del Derecho"*. México, 1ª edición, 1970.
- 45) RECASENS SICHES, LUIS: *"TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO"*. Editorial Porrúa, México, 1986.
- 46) RODRIGUEZ PIÑERES, EDUARDO: *"Estudio sobre el Secreto Profesional"*. Serie: Monografías Jurídicas N° 14; Editorial TEMIS, Bogotá, Colombia, 1980.
- 47) RUBIO, MARCIAL y BERNALES, ENRIQUE: *"CONSTITUCION Y SOCIEDAD POLITICA"*. Mesa Redonda Editores S.A., 3ª edición, Lima, Perú, 1988.
- 48) RUBIO CORREA, MARCIAL: *"El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)"*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, sexta reimpresión de la 8ª edición, 2006.
- 49) SAMUELSON, PAUL A.: *"Economía Política"*. Editorial McGRAW-HILL, Undécima Edición, 1972.
- 50) SANCHEZ VIAMONTE, CARLOS: *"Constitucionalismo"*. En "ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA", Tomo III.
- 51) SEMINARIO, MIGUEL ANGEL: *"Libertad de Conciencia y Religión"*, en "LECTURAS SOBRE TEMAS CONSTITUCIONALES" N° 6. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 1990.
- 52) TORRÉ ABELARDO: *"Introducción al Derecho"*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 5ª edición, 1965.
- 53) TORRES VASQUEZ, ANIBAL: *"Código Civil"*. Ediciones Luis Alfredo, 2ª Edición, Julio de 1994.
- 54) VILLA STEIN, JAVIER: *"DERECHO PENAL-PARTE GENERAL"*. Editorial San Marcos, Lima, Perú, 1998.
- 55) ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: *"TRATADO DE DERECHO PENAL"*. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 1981; Tomo III.

VII. APÉNDICE

Cuadro en el que se integran las diferentes
Normas jurídicas que integran el
Sistema Jurídico Peruano

ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL SISTEMA JURÍDICO NORMATIVO DEL PERÚ

(Graficado en la Pirámide Normativa de Kelsen)



MJC

VIII. ANEXOS

Anexo 1)

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida
en el Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto
contra los Decretos Legislativos Nos. 895 y 897
y la Ley N° 27235

del 19 al 23 de noviembre y del 18 al 23 de noviembre de 2001, respectivamente, para los fines expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Los gastos que irrogue el cumplimiento del presente dispositivo legal, según se indica, serán cubiertos con recursos del Presupuesto de la Superintendencia de Banca y Seguros, de acuerdo al siguiente detalle:

Lorena Masías Quiroga

Pasajes	US\$	781.16
Viáticos		1 000.00
Tarifa CORPAC		25.00

Melvin Escudero Villavicencio

Pasajes	US\$	781.16
Viáticos		1 200.00
Tarifa CORPAC		25.00

Artículo Tercero.- La presente Resolución no otorga derecho a exoneración o liberación de impuestos de Aduana de cualquier clase o denominación a favor de los funcionarios cuyo viaje se autoriza.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS CORTAVARRIA CHECKLEY
Superintendente de Banca y Seguros

34667

Autorizan viaje de funcionarios a Colombia, en comisión de servicios

RESOLUCIÓN SBS N° 884-2001

Lima, 16 de noviembre de 2001

EL SUPERINTENDENTE DE BANCA Y SEGUROS

CONSIDERANDO:

Que, la Unidad de Información y Análisis Financiero-UIAF de Colombia, ha confirmado la realización de una visita a sus instalaciones organizada especialmente para los funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros, con el fin de intercambiar información sobre temas vinculados a la prevención del Delito de Lavado de Activos y conocer la experiencia colombiana sobre la implementación de mecanismos de prevención en las empresas del sistema financiero, los procedimientos y sistemas desarrollados por la UIAF, así como la labor que en forma conjunta desarrolla con la Superintendencia Bancaria y la Fiscalía de la Nación;

Que, la citada visita se llevará cabo del 21 al 23 de noviembre de 2001 en la ciudad de Bogotá, Colombia;

Que, el señor Alejandro Medina Moreno, Intendente del Departamento de Evaluación de Riesgos de Operación, la señora Silvia Wuan Almandós, Analista del Departamento de Evaluación del Sistema Financiero "A", el señor Juan Armando Olivares López, Analista del Departamento de Evaluación del Sistema Financiero "F" de la Superintendencia Adjunta de Banca y la señora Carla Chiappe Villegas, Analista del Departamento de Regulación de la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica, han sido designados por esta Superintendencia para participar en la referida visita;

Que, en consecuencia resulta necesario autorizar el viaje de los citados funcionarios, cuyos gastos serán cubiertos con recursos del presupuesto de la Superintendencia de Banca y Seguros correspondiente al ejercicio 2001; y,

En uso de las facultades que le confiere la Ley N° 26702 "Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros" y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 048-2001-PCM modificado por Decreto Supremo N° 053-2001-PCM;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Autorizar el viaje del señor Alejandro Medina Moreno, Intendente del Departamento de

Evaluación de Riesgos de Operación, la señora Silvia Wuan Almandós, Analista del Departamento de Evaluación del Sistema Financiero "A", el señor Juan Armando Olivares López, Analista del Departamento de Evaluación del Sistema Financiero "F" de la Superintendencia Adjunta de Banca y la señora Carla Chiappe Villegas, Analista del Departamento de Regulación de la Superintendencia Adjunta de Asesoría Jurídica, a la ciudad de Bogotá, Colombia, del 20 al 24 de noviembre de 2001, para los fines expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Los gastos que irrogue el cumplimiento del presente dispositivo legal, según se indica, serán cubiertos con recursos del Presupuesto de la Superintendencia de Banca y Seguros, de acuerdo al siguiente detalle:

Alejandro Medina Moreno

Pasajes	US\$	451.06
Viáticos		800.00
Tarifa CORPAC		25.00

Silvia Wuan Almandós

Pasajes	US\$	451.06
Viáticos		800.00
Tarifa CORPAC		25.00

Juan Armando Olivares López

Pasajes	US\$	451.06
Viáticos		800.00
Tarifa CORPAC		25.00

Carla Chiappe Villegas

Pasajes	US\$	451.06
Viáticos		800.00
Tarifa CORPAC		25.00

Artículo Tercero.- La presente Resolución no otorga derecho a exoneración o liberación de impuestos de Aduana de cualquier clase o denominación a favor de los funcionarios cuyo viaje se autoriza.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS CORTAVARRIA CHECKLEY
Superintendente de Banca y Seguros

34666

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Declaran Fundada en parte Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra artículos de los Decretos Legislativos N°s. 895 y 897 y la Ley N° 27235

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 005-2001-AL/TC

LIMA

DEC. LEG. N° 895 Y OTRAS DISPOSICIONES

En Lima, a los quince días del mes de noviembre de dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia;

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra los Artículos 1°, 6°, incisos b), c) y d), 7°, incisos a), b), c), e), f), g), i) primer y tercer párrafo y Artículo 8°, inciso j) del Decreto Legislativo

M.R.

Nº 895; así como, contra la Segunda Disposición Final de dicho decreto, modificado por el Artículo 2º de la Ley Nº 27235; también, contra el Artículo 1º, incisos a), b), c), d), e), f) y g), Artículo 2º, incisos a), c), d), e), f), Artículo 3º, incisos c), d) y e), Artículos 4º, 5º y 8º del Decreto Legislativo Nº 897; y finalmente, contra los Artículos 193º y 194º de la Ley Nº 27337 (Código del Niño y el Adolescente).

ANTECEDENTES

Manifiesta el demandante que la propia norma delegatoria de facultades, Ley Nº 26950, sobre cuya base se expidieron los decretos legislativos impugnados, ya presentaba problemas, al calificar como de "seguridad nacional" a la materia delegada, cuando se refería, en verdad, a delitos que no amenazaban la seguridad nacional.

Sostiene que el Artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 895 vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, implícito, a su criterio, en el Artículo 45º de la Constitución Política del Estado, debido a que su concepto de "terrorismo especial" no concuerda con el concepto constitucional de *terrorismo*, pues la conducta tipificada en el mencionado dispositivo carece del elemento ideológico que caracteriza la finalidad política del *terrorismo*, tal como se infiere de la Constitución.

Afirma también que el literal b) del Artículo 6º, del Decreto Legislativo Nº 895 es incompatible con el derecho a la libertad personal, presente en el Artículo 2º inciso 24), literal "f", de la Constitución, dado que la mencionada denominación de "terrorismo" permite extender el supuesto excepcional de detención por quince días recortando así, indebidamente, el derecho de libertad.

Agrega que el Artículo 1º y el numeral 6) del literal "a", del Artículo 2º, del Decreto Legislativo Nº 895, son contrarios al mandato de taxatividad como expresión del principio de legalidad penal, presente en el literal "d", inciso 24), Artículo 2º de la Constitución, ya que el primero de los mencionados dispositivos, a continuación de los delitos de robo, secuestro y extorsión, agrega "u otro delito contra la vida, (...)". Asimismo, el segundo de los dispositivos mencionados tipifica como forma de delito de "terrorismo especial", el hecho de proporcionar información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados y *cualquier otro*, con la única exigencia de que conduzcan a la elaboración de planes delictivos. Sostiene que este tipo de enunciados amplía los márgenes de imprecisión y, por ende, de discrecionalidad policial, fiscal y judicial en la interpretación de los tipos penales, cosa contraria al principio de taxatividad. Este cuestionamiento se hace extensivo a los Artículos 193º y 194º de la Ley Nº 27337, Código de los Niños y Adolescentes, toda vez que el concepto de "pandilla perversa" resulta inédito y se caracteriza por su ambigüedad y vaguedad.

Además, la Defensoría solicita a este Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de los incisos b) y d) del Artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 895. Afirma que estas disposiciones resultan contrarias al literal "f", inciso 24) del Artículo 2º de la Constitución, por cuanto posibilitan la detención de una persona en la etapa prejurisdiccional de los delitos tipificados por el citado decreto, sin hacer mención alguna a que dicha detención deba realizarse en el supuesto de flagrancia o existencia de resolución judicial. Asimismo, aduce que es inconstitucional el inciso a) del Artículo 7º del citado decreto, que regula la formalización de la denuncia penal por parte del Ministerio Público y el inicio de la instrucción por parte del juez, porque supone la posibilidad de que los imputados se encuentren detenidos antes del inicio de la instrucción. Este cuestionamiento se haría también extensivo a los incisos b), c) y d) del Artículo 6º del citado Decreto Legislativo Nº 897.

Se pretende también la declaración de inconstitucionalidad de los incisos c) y d) del Artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 895, así como, de los incisos a), f) y g) del Artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 897. Alega que estas disposiciones son contrarias a lo establecido en el inciso 4) del Artículo 159º de la Constitución, según el cual corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación de los delitos, estando la Policía Nacional obligada a cumplir sus órdenes; sin embargo, según el inciso c) del Artículo 6º, del Decreto Legislativo Nº 895, es la Policía Nacional la que solicita al juez la detención de una persona y no el Ministerio Público, la misma que, inclusive, tendría poder para solicitar al juez restricciones de derechos tan importantes como el de comunicación, que implican una capacidad técnico-jurídica de la que carecen. Similar vicio de inconstitucionalidad presentaría el inciso a) del Artículo

1º del Decreto Legislativo Nº 897, según el cual es la Policía Nacional la que investiga los delitos agravados tipificados por el Decreto Legislativo Nº 896, con la simple intervención del Ministerio Público y no bajo su dirección funcional. En análoga situación, se encontraría el inciso f) del Artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 897, conforme al cual, cuando la Policía Nacional lo solicite, el Ministerio Público tendría que incluir en su denuncia una petición al juez para que éste otorgue a la Policía la ampliación del plazo de investigación policial, agravando más aún tal situación, cuando la misma norma señala que el juez, en el auto apertorio de instrucción, está obligado a conceder dicha ampliación, tiempo durante el cual los procesados permanecerán bajo la competencia de la Policía Nacional, detenidos en sus instalaciones. Esta norma vulneraría, además, los principios constitucionales de autonomía e independencia reconocidos en el inciso 1) del Artículo 146º de la Constitución, ya que los jueces están sometidos sólo a la Constitución y la ley, mas no a las decisiones de la Policía Nacional, y afectaría, también, el principio de competencia judicial, pues a pesar de existir proceso penal abierto, los procesados se encontrarían bajo la competencia de la Policía Nacional. Análogo vicio presentarían el inciso d) del Artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 895 y el inciso g) del Artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 897, debido a que establecen que es la Policía Nacional y no el Ministerio Público, la que designa defensor al imputado que no ha nombrado abogado.

De acuerdo con los incisos a) y b) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895 y al inciso e) del Artículo 1º e inciso a) del Artículo 2º, del Decreto Legislativo Nº 897, el imputado, en todo caso, tendrá mandato de detención en su contra desde el inicio de la instrucción. Según el demandante, esta norma afecta el principio de presunción de inocencia, dado que desnaturaliza el carácter cautelar de la prisión provisional y debilita las posibilidades de defensa. El inciso c) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895, así como el inciso a) del Artículo 2º, del Decreto Legislativo Nº 897, prohíben cualquier tipo de libertad durante la instrucción, vulnerando la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Por otra parte, el inciso d) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895 y el inciso b) del Artículo 2º, del Decreto Legislativo Nº 897, establecen que las cuestiones previas, prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación, deberán resolverse en el principal al momento de la sentencia. Sostiene la Defensoría que estas normas conllevarían a restringir el derecho de defensa del imputado y a mantenerlo bajo prisión provisional durante el proceso. El primer párrafo del inciso i) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895, así como el Artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 897, establecen que en la instrucción y el juicio oral no se podrá ofrecer como testigos a quienes intervinieron, en razón de sus funciones o cargos, en la elaboración del atestado policial. Por otro lado, el tercer párrafo del inciso i) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895 y el Artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 897, establecen que no procede recusación contra los magistrados intervinientes ni contra los auxiliares de justicia. Se afirma que estas disposiciones afectan los mecanismos de defensa del imputado. El primer párrafo del inciso l) del Artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 895 y el Artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 897, establecen que el atestado policial tendrá valor probatorio. Con ello, se afecta no sólo el derecho de defensa, sino, además, los principios que rigen la producción de la prueba en el proceso penal, como los de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad. Estas disposiciones debilitan sustancialmente la posición del imputado, colocándolo en posición de desventaja respecto al Ministerio Público y, desde esa perspectiva, resultan contrarias al principio de *igualdad de armas*.

El inciso e) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895, establece que la instrucción concluye en un plazo de veinte días, prorrogables por diez días más. El inciso f) del Artículo 7º, del Decreto Legislativo Nº 895, establece en cuarenta y ocho horas el plazo para que el fiscal emita dictamen, e igual plazo para que el juez emita el informe correspondiente; el inciso g), por su parte, establece el plazo de veinticuatro horas para fijar fecha y hora de la audiencia, y el inciso j) establece plazos excesivamente cortos para la tramitación del recurso de nulidad. Esta sumaria del plazo de instrucción debilita la naturaleza cognoscitiva del proceso, lo que no respeta las exigencias del debido proceso y el principio de legalidad procesal penal (*nulla poena sine iudicio*). Los dispositivos mencionados regulan una estructura procesal inconstitucional que, además, de vulnerar el derecho y el principio antes

MS

citados, afectan el principio de igualdad de armas y el principio de presunción de inocencia. Análoga situación de inconstitucionalidad, presentan los incisos c), d), e) y f) del Artículo 2º, del Decreto Legislativo N° 897, que regulan los plazos y trámites para la instrucción de los delitos agravados por el Decreto Legislativo N° 896; así como los incisos c), d) y e) del Artículo 3º del Decreto Legislativo N° 897, regulatorio del recurso de nulidad.

El demandante afirma, además, que la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 895, modificado por la Ley N° 27235, es inconstitucional porque afecta el derecho al juez natural, al permitir que civiles sean juzgados por la Justicia militar, por delitos comunes, pero inconstitucionalmente tipificados como de "terrorismo especial".

Finalmente, sostiene que el Artículo 8º del Decreto Legislativo N° 895 y el Artículo 8º del Decreto Legislativo N° 897, son inconstitucionales debido a que prohíben el acceso a beneficios penitenciarios, lo que contraviene el Artículo 1º y el inciso 22) del Artículo 139º de la Constitución, que establecen los principios de resocialización que rigen el régimen penitenciario.

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros, contesta la demanda afirmando lo siguiente: que las disposiciones cuestionadas fueron expedidas basadas en el *ius puniendi* del Estado; que dichas normas no vulneran el principio de legalidad ni el principio de taxatividad, porque fueron expedidas por autoridad legítimamente constituida, y porque el juzgamiento y la eventual condena de personas se efectuará basándose en dichas normas. Afirma que la detención preventiva por el término de quince días, que establece el Decreto Legislativo N° 895, no contraviene la Constitución, dado que ésta establece ese plazo en casos de terrorismo. Alega que no se vulnera la disposición constitucional que reconoce al Ministerio Público la conducción jurídico funcional de la etapa prejurisdiccional, ni se vulnera el principio de presunción de inocencia, dado que las penas privativas de la libertad impuestas por el citado decreto legislativo son superiores a cuatro años, lo cual justifica la necesaria expedición del mandato de detención, conforme la norma impugnada (incisos a) y b) del Decreto Legislativo N° 895. Lo establece. Manifiesta que el hecho de que los plazos procesales contemplados por la norma impugnada sean cortos, no afecta el derecho al debido proceso ni el principio de legalidad procesal, dado que, para la condena de una persona, habrá de mediar siempre un proceso judicial. Agrega que no se vulnera el derecho al juez natural, porque el juez competente era el fuero militar y tampoco el principio que rige el régimen penitenciario establecido por el inciso 22) del Artículo 139º de la Constitución.

FUNDAMENTOS

1.- SUSTRACCIÓN PARCIAL DE LA MATERIA

El Artículo 5º de la Ley N° 27472, del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho, modifica el Artículo 1º, deroga los Artículos 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 896 y las disposiciones del Decreto Legislativo N° 897 que se opongan a dicha ley.

Las modificaciones al Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 896 están referidas a las penas correspondientes al asesinato, secuestro, violación sexual de menores de edad, robo, robo agravado y extorsión, reduciendo los plazos de prisión.

Los Artículos 2º y 3º del mismo decreto legislativo, derogados por la Ley N° 27472, se refieren a la eficacia y vigencia de dicho decreto legislativo.

En cuanto a la derogación de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 897, que se oponen a la Ley N° 27472, debe considerarse que aquél establecía un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos a que se refiere el Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 896 ya mencionados, y prohibía el acceso a los beneficios penitenciarios del Código de Ejecución Penal. Como el Artículo 2º de la Ley N° 27472 establece que dichos delitos serán tramitados de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Penales, y como el Artículo 4º de la misma ley expresa que los beneficios penitenciarios para los delitos previstos en el Decreto Legislativo N° 896 se regulan por el Código de Ejecución Penal, debe entenderse que las disposiciones del Decreto Legislativo N° 897 sobre esas materias, han quedado derogadas, produciéndose, consecuentemente, la sustracción parcial de la materia impugnada en esta acción de inconstitucionalidad.

La nueva ley, por otra parte, no deroga los incisos a), b), c), f) y g) del Artículo 1º, del Decreto Legislativo N° 897. Los incisos señalados regulan aspectos relativos a la investigación policial y la intervención del Ministerio Público en la etapa prejurisdiccional, no regulada por la nueva ley. Por esta razón, el Tribunal Constitucional procede a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o no de los mismos, así como del resto de disposiciones impugnadas aún no derogadas.

La derogación de una norma no implica, necesariamente, exonerar al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad, ya que los efectos en el tiempo de la norma derogada pueden variar ante una declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, en este proceso, no es necesaria tal declaración de inconstitucionalidad, dado que la nueva ley tendrá que ser aplicada respecto de los efectos de la antigua, en virtud del principio de la retroactividad penal benigna.

2.- LA DELEGACION DE FACULTADES POR EL CONGRESO AL PODER EJECUTIVO.

La Ley N° 26950, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho otorgó al Poder Ejecutivo autorización para legislar en "materia de seguridad nacional". La misma ley especificó la materia delegada en su Artículo 2º e indicó que los decretos legislativos que se expidieran con arreglo a dicha ley autoritativa, tendrían por materia la Seguridad Nacional y se fundamentarían "en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por la situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas, utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la población".

Como consecuencia de lo anterior, se expidieron, entre otros, los Decretos Legislativos N°s. 895 y 897, impugnados por el Defensor del Pueblo en este proceso constitucional y dirigidos a combatir la delincuencia común.

El bien jurídico que se quiso proteger con la delegación de facultades, es, según lo expresa la Ley N° 26950, la Seguridad Nacional. Resulta necesario, entonces, esclarecer el significado y los alcances de dicho concepto ("Seguridad Nacional"), a fin de averiguar si los decretos legislativos impugnados se circunscriben al área delegada.

La enmarcación del contenido de la "Seguridad Nacional" es pertinente, a fin de no extender el trato excepcional de limitación de derechos fundamentales que su defensa supone -como valor prioritario para la sociedad- a actos que no atentan contra ella y, por tanto, no justifican el trato limitativo correspondiente.

Sin embargo, y previamente, debe notarse que el encargo del legislador no basta, por sí solo, para esclarecer el contenido constitucional del bien jurídico que se intenta proteger o el contenido de los actos que se busca sancionar, porque el propio encargo del Poder Legislativo puede ser inconstitucional, si vulnera el Artículo 104º de la Constitución que prohíbe delegar ciertas materias.

El Poder Legislativo ha considerado que constituye delito de terrorismo, contra "la Seguridad Nacional", la provocación de un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad, por acción de la delincuencia común organizada en bandas armadas, según consta en el articulado del Decreto Legislativo N° 895, y en el texto de la Ley N° 27235, que lo modifica.

La Constitución, sin embargo, caracteriza a la *Seguridad Nacional* como un bien jurídico íntimamente vinculado a la *Defensa Nacional*, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden público interno.

Bajo el título de "De la Seguridad y de la Defensa Nacional", en efecto, el Artículo 163º de la Constitución expresa: "El Estado garantiza la *seguridad de la Nación* mediante el sistema de Defensa Nacional". Los artículos siguientes declaran que el sistema de Defensa está dirigido por el Presidente de la República, y establecen la manera como están constituidas las Fuerzas Armadas, cuyas finalidades primordiales son garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. Estas Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno sólo en casos de Régimen de Excepción; es decir, para casos o situaciones que afecten la vida de la Nación, o en estado o peligro de sitio, invasión o guerra.

El concepto de *Seguridad Nacional* no debe confundirse con el de *seguridad ciudadana*. Aquella implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la

MSC

violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático, como se expresó en la vigésima cuarta reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, este 20 de setiembre de 2001. Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponer, y sólo puede equipararse a la *seguridad ciudadana* por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La *seguridad ciudadana* normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la *seguridad ciudadana*, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología.

El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y *razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido*. Por eso, no sólo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equivocadamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta.

La necesidad comprensible, real y legítima, de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la *seguridad ciudadana*, que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, que al bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aun organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional.

No coinciden, entonces, la materia delegada de *Seguridad Nacional* con el objetivo que busca la delegación; es decir, combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas. Esta incongruencia en la propia delegación de facultades bastaría para declarar inconstitucionales los decretos legislativos que son objeto de la presente acción de inconstitucionalidad. En efecto, dicha incongruencia ocasiona la irracionalidad de la ley autoritativa y, por lo tanto, en último análisis, su inconstitucionalidad. Ahora bien, los decretos legislativos expedidos a partir de una ley autoritativa vigente, pero incompatible con la Constitución, no convalidan su constitucionalidad formal. La inconstitucionalidad de la ley autoritativa ocasiona una inconstitucionalidad originaria de los decretos legislativos expedidos a partir de aquélla. El Tribunal Constitucional considera que ello es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los decretos legislativos impugnados. En cuanto al fondo, el Tribunal concuerda con los argumentos de la demandante -salvo los referidos a las pandillas perniciosas- y estima, además, que, dada la naturaleza, las repercusiones de los decretos impugnados, el interés nacional y el régimen transitorio de la normatividad jurídica, le corresponde examinar y dejar constancia de su opinión sobre algunos extremos de la demanda.

De conformidad con el Artículo 45° de la Constitución, el Tribunal estima que el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 895, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27235, vulnera el principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad*, al calificar como terrorista a quien integre o sea cómplice de una banda armada. En criterio del Tribunal, el terrorismo -agravado o especial- tiene como sujeto activo a una agrupación organizada de personas armadas; como sujeto pasivo al Estado; el bien jurídico tutelado por la normatividad del terrorismo es el régimen político-ideológico establecido constitucionalmente; y la acción o conducta proscrita es la sustitución o variación violenta del régimen político, ideológico democrático y constitucionalmente establecido. Ahora bien, aun cuando el sujeto activo o agente de este tipo de ilícito penal está constituido por agrupaciones organizadas y armadas, ello no implica que todos los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas y armadas constituyan "terrorismo". En efecto, el elemento que ha de caracterizar este tipo de ilícito es la finalidad política y/o ideológica de la agrupación organizada. En consecuencia, si ésta no tiene como objetivo esa finalidad política, el ilícito no constituye "terrorismo", sino un ilícito común distinto. Esto mismo se desprende de la consideración necesaria que debe efectuarse respecto del bien jurídico tutelado a través del tipo penal del terrorismo. En la persecución del terrorismo, el

bien jurídico tutelado es el régimen político democrático definido por la Constitución; vale decir, la Seguridad Nacional. En consecuencia, los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas que no afectan este bien jurídico, porque no tienen la finalidad de sustituir o variar el régimen político-democrático establecido por la Constitución y carecen del elemento subjetivo tipificante, no constituyen terrorismo.

Las bandas armadas a las que se refiere el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 895, pueden ser utilizadas por el terrorismo, pero no toda banda armada que robe, secuestre o extorsione, persigue objetivos políticos basándose en una ideología. No es suficiente organizarse en bandas y utilizar armas de guerra para ubicarse en la tipificación del terrorismo.

Como el delito de terrorismo implica la violencia contra el Estado y afecta el sistema político de una nación, al pretender sustituir o debilitar al gobierno constitucional, causando terror en la población, es precisamente por amenazar el orden político estatuido, que la Constitución procesa aún y sancionaba antes al terrorismo, con severidad única -la pena de muerte- equiparable sólo al delito de traición a la Patria, pero no extensible a otros delitos de naturaleza común.

Por otro lado, es cierto que las bandas armadas pueden ocasionar igual o mayor inseguridad y miedo, sistemática e indiscriminadamente, que el terrorismo, lo cual justificaría un trato penal riguroso y equiparable al del terrorismo; pero sin el elemento político e ideológico, no puede ser calificada su actuación como terrorismo.

En otros términos, no es constitucionalmente admisible que, a fin de aplicar a las bandas armadas las normas procesales, sustantivas y ejecutivas penales, rigurosas y severas que la Constitución reserva al terrorismo, al tráfico ilícito de drogas y al espionaje -y que prohíbe para los demás delitos- se pretenda "etiquetar" como terrorismo a conductas delictivas que no lo son.

Si resultara imprescindible, ante las circunstancias, que la Policía Nacional detenga hasta por quince días -y no sólo hasta 24 horas, como ordena la Constitución- a los integrantes de bandas armadas o a los actores de otros delitos, el Estado de Derecho exige que se modifique la Constitución por las vías regulares establecidas en ella. Y si resulta necesario que se imponga judicialmente penas más graves a esos sujetos, deben modificarse las normas penales, por la vía correspondiente.

No es constitucional, entonces, utilizar el tipo penal del terrorismo como factor legitimador de la actuación del poder estatal destinados a combatir otro tipo de delitos y, en consecuencia, es inconstitucional el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 895.

El Artículo 193° de la Ley N° 27337 define lo que debe entenderse por "pandilla perniciosa" y el Artículo 194° de la misma ley establece la penalidad correspondiente. Debe considerarse que si bien el Artículo 193° omite señalar lo que debe entenderse por "grupo" de adolescentes; esto es, que no hay una configuración cierta o caracterizadora de la conformación numérica de este ente; sin embargo, la interpretación sistemática de esta norma en el contexto del Código del Niño y el Adolescente -específicamente el Artículo 196° que menciona como sujeto activo de esta infracción al líder o cabecilla del grupo- supone necesariamente una elemental organización y el concurso de una pluralidad de sujetos, así como, una acción delictiva concreta. Así -y no de otro modo- debe interpretarse el concepto de pandilla perniciosa.

El Tribunal considera que el otorgamiento de atribuciones tales como: la incomunicación del detenido a solicitud de la Policía Nacional, la asignación de abogado de oficio por la Policía Nacional si el detenido no lo designa, la investigación del delito por la Policía Nacional del Perú con la intervención del Ministerio Público, la obligación del Ministerio Público de incluir en la denuncia penal la petición de ampliación de la investigación, a solicitud de la Policía Nacional, la obligación del juez de aceptar dicha petición y la designación de abogado de oficio a la persona detenida por parte de la Policía Nacional, trasladan a la Policía Nacional atribuciones que competen al Ministerio Público conforme al Artículo 159° inciso 4) de la Constitución. En efecto, es el Ministerio Público el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional. La Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público. Así, el conjunto de las atribuciones antes descritas resultan inconstitucionales, por contravenir a la citada disposición de la Carta Política.

MJC

Por otra parte, el Tribunal considera la presunción de inocencia como elemento conformante del debido proceso. Disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso -es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente- tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por tanto, el debido proceso exigido por la Constitución.

En consecuencia, no son constitucionales los incisos a) y b) del Artículo 7º del Decreto Legislativo N° 895.

Asimismo, la prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción -sin excepción- contraría no sólo la presunción de inocencia, sino el derecho de defensa amparado por la Constitución. No son admisibles constitucionalmente, entonces, el inciso c) del Artículo 7º del Decreto Legislativo N° 895.

Desnaturalizan el debido proceso y el derecho del demandante de acceder a ciertas libertades durante el proceso, el inciso d) del Artículo 7º del Decreto Legislativo N° 895, al obligar al Juzgador a postergar, para el momento de expedición de la sentencia, la absolución de cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y otras articulaciones que, por su naturaleza jurídica, deben resolverse antes.

La Ley N° 27235 que modifica el Decreto Legislativo N° 895, en su Disposición Final, permite que continúen en el fuero militar los procesos en trámite y, eventualmente, procesos en reserva ante ese fuero. La citada disposición contraría en estos supuestos al Artículo 173º de la Carta Política.

De conformidad con esta norma constitucional, las personas civiles se hallan sometidas a la jurisdicción militar cuando se trata de los delitos de traición a la patria y terrorismo. Sin embargo, conforme se analizó antes, las conductas tipificadas por el Decreto Legislativo N° 895 no constituyen terrorismo, sino simplemente, ilícitos comunes cometidos por agrupaciones organizadas. Por esta razón, la competencia para el conocimiento de estos delitos, conforme al citado Artículo 173º de la Constitución, sólo corresponde a la justicia común. No obstante ello, la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N° 895, modificado por el Artículo 2º de la Ley N° 27235, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, establece lo siguiente: "Los procesos en trámite por los delitos de terrorismo especial que son de conocimiento del fuero militar, continuarán tramitándose por la misma vía". Esta disposición es inconstitucional, por afectar tanto el Artículo 173º de la Constitución como el derecho al juez natural.

Nadie ignora que la tranquilidad ciudadana se ha visto recientemente perturbada, de manera grave, por el tipo de delincuencia que motiva esta sentencia, y que las autoridades competentes tienen no sólo el derecho, sino también la obligación de investigar y sancionar, con severidad, las respectivas agresiones a la paz pública, pero respetando los límites que impone la Constitución. En la hipótesis de que los actuales medios legales y constitucionales resultasen insuficientes, sería necesario introducir cambios en la normatividad constitucional y legal, con el objeto de proporcionar los medios necesarios para la represión de los delitos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica;

FALLA

Declarando **FUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta, y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad, por la forma, de los Decretos Legislativos N°s. 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes, y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los Artículos 1º, 2º, literal a), numeral 6), 6º, incisos b), c) y d), 7º, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del Artículo 8º del Decreto Legislativo N° 895, del Artículo 2º de la Ley N° 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del Artículo 1º del Decreto Legislativo N° 897; e **INFUNDADA** en el extremo que impugna la constitucionalidad de los Artículos 193º y 194º de la Ley N° 27337 (Código del Niño y el Adolescente), los que deben ser interpretados en el sentido precisado en el Fundamento correspondiente de la presente sentencia; declara, asimismo, que carece de objeto pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones derogadas del Decreto Legislativo N° 897. Dispone la notificación a las partes, su publicación

en el Diario Oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS. AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO

34689

CONASEV

Disponen inscripción de valores típicos a emitirse dentro del "Segundo Programa de Papeles Comerciales de Telefónica del Perú - Decimosexta Emisión" en el Registro Público del Mercado de Valores

RESOLUCIÓN GERENCIA GENERAL N° 133-2001-EF/94.11

Lima, 15 de noviembre de 2001

VISTOS:

El Expediente N° 1999/00729 presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y el Memorandum N° 257-2001-EF/94.45 de fecha 14 de noviembre del 2001 de la Gerencia de Mercados y Emisores;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 304º de la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, las sociedades pueden emitir obligaciones;

Que, mediante acuerdos de Juntas Generales de Accionistas de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. de fechas 26 de marzo de 1996, 5 de marzo de 1997, 9 de marzo de 1998, 24 de marzo de 2000 se aprobó la emisión de instrumentos de corto plazo hasta por un monto máximo en circulación de Ciento Ochenta Millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 180 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional;

Que, en virtud a las facultades otorgadas por las Juntas Generales de Accionistas a que se refiere el considerando anterior, el Directorio de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. en sesión de fecha 15 de diciembre de 1999 acordó delegar facultades a los señores José Ramón Vela Martínez, Santiago Antúnez de Mayolo, Antonio Villa Mardon y Cristina Pareja Pallarés para que indistintamente cualquiera dos de ellos en forma conjunta determinen las características y condiciones de las emisiones, así como cualquier otro aspecto que no haya sido expresamente definido por la Junta General de Accionistas o por el Directorio de la sociedad;

Que, en virtud de los acuerdos antes señalados, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. solicitó a CONASEV la aprobación del trámite anticipado de inscripción de valores y registro de prospectos correspondientes a las ofertas de valores a realizarse en el marco del programa de obligaciones de corto plazo, el registro del prospecto marco correspondiente a tales ofertas, así como la inscripción del referido programa, los mismos que fueron aprobados mediante Resolución Gerencia General N° 010-2000-EF/94.11;

Que, con fecha 13 de noviembre de 2001 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., solicitó la inscripción de los valores típicos a emitir dentro del "Segundo Programa de Papeles Comerciales de Telefónica del Perú - Decimosexta Emisión" en virtud del referido Programa, así como el consiguiente registro del prospecto complementario a utilizar, en el Registro Público del Mercado de Valores;

Que, en el presente caso se ha cumplido con presentar la información requerida por el Reglamento de Oferta Pública Primaria y de Venta de Valores Mobiliarios, aprobado por Resolución CONASEV N° 141-98-EF/94.10, así como las disposiciones aprobadas mediante Resolución Gerencia General N° 211-98-EF/94.11; y,

MSC