



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

JUSTIFICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS

Luis Castillo-Córdova

Lima, mayo de 2008

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2008). Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (5), 31-48.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

JUSTIFICACIÓN Y SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS

Luis Castillo Córdova*

I. INTRODUCCIÓN

1. *La persona humana como punto de partida*

El desarrollo actual de la ciencia constitucional en el Perú permite afirmar que es un principio sólidamente asentado en su ordenamiento jurídico la consideración de la persona humana como fin. Así lo expresa el artículo 1 CP, convirtiéndose en el principal criterio de hermenéutica constitucional con el que cuenta el intérprete constitucional en el Perú. A la persona humana se le puede definir de muchas maneras, sin embargo –aunque simplificando bastante– es posible sostener que desde un punto de vista jurídico la persona humana significa sus derechos humanos o derechos fundamentales¹. Siendo así, el principal criterio hermenéutico puede formularse también de la siguiente manera: en el ordenamiento jurídico peruano los derechos humanos o derechos fundamentales tienen la consideración de fin.

Hecha esta afirmación, se abre inmediatamente una serie de preguntas. Una de las principales es la siguiente: ¿cuál es el significado de que los derechos humanos o derechos fundamentales tengan la consideración de fin? La respuesta a esta pregunta tiene dos partes. La primera es que esta consideración exige la más completa realización del conjunto de facultades y exigencias que conforman el *contenido esencial*² de los mismos. Así, en el ordenamiento constitucional peruano es un fin la plena vigencia de los derechos humanos o derechos fundamentales. La segunda es consecuencia necesaria de la primera: afirmar que los derechos humanos o derechos fundamentales son el fin, significará que el resto de realidad (así la sociedad, el Estado y sin duda que del Derecho mismo), es un medio. En la relación de medio a fin, el medio está afectado a la consecución del fin. Esto significa –para lo que aquí interesa destacar– que tanto el poder público como los particulares estamos comprometidos con la consecución del fin, es decir, con la consecución de la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales³.

* Investigador contratado doctor, adscrito al Área de Filosofía del derecho de la Universidad de A Coruña (España); profesor de la Universidad de Piura (Perú).

¹ Estas expresiones pueden emplearse de modo indistinto en la medida que ambas apuntan hacia la identificación de determinados bienes propiamente humanos a fin de reconocerlos y asegurarlos jurídicamente. La diferencia es jurídicamente irrelevante en la medida que la expresión “derechos humanos” suele emplearse o en el derecho internacional o en la teoría y filosofía del derecho, mientras que la expresión “derechos fundamentales” es empleada más comúnmente en el seno de los concretos ordenamientos internos.

² La expresión contenido esencial no es de recibo si con ella se quiere significar la existencia de un contenido no esencial o accidental de un derecho humano o fundamental, de modo que sobre esa parte quepan restricciones, sacrificios o postergaciones. Sí es de recibo, en cambio, si con ella se desea referir a la esencia de un concreto derecho humano o fundamental, es decir, aquello por lo cual el concreto derecho humano o fundamental es ese derecho y no es otro derecho distinto. En este sentido se empleará la referida expresión a lo largo de estas páginas.

³ Este compromiso, qué duda cabe, tiene un contenido distinto cuando se trata del poder público que cuando se trata de los particulares. Así, y sólo por mencionar una diferencia resaltante, el poder público no sólo tiene la



2. Planteamiento de la cuestión

La consideración como fin de la persona humana y de sus consiguientes derechos, debe ser el punto de partida para abordar el estudio de cualquier cuestión iusfundamental⁴, como la que se intentará resolver a lo largo de estas páginas: ¿existen los derechos constitucionales implícitos?⁵ Y si existen, ¿cuál es su justificación y cual su significación? El estudio necesariamente –aunque no exclusivamente porque se tendrá que acudir también a la filosofía del derecho– se formulará en referencia a un ordenamiento constitucional concreto: el peruano. Como se sabe, en el (neo) constitucionalismo actual no es posible realizar derecho constitucional al margen de las decisiones jurisdiccionales del Máximo intérprete de la Constitución. Por esa razón, acudir a la Constitución significará obligadamente acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la cual se encontrará la principal fuente de análisis jurídico.

II. UN CONCEPTO BÁSICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Como ya se ha dicho, que la persona humana deba ser considerada como fin significa que sus derechos como persona humana deban ser tenidos como fin. Pero, ¿cuál es un concepto válido de derechos humanos o derechos fundamentales? Sin duda que muchas definiciones pueden darse y se han dado sobre esta categoría jurídica. Aquí se intentará una que, sin pretensión de innovación, se formulará con base en una determinada antropología. Una constatación fáctica universal e histórica es que la persona humana es un ser imperfecto que tiende a la perfección. Éste perfeccionamiento lo va alcanzando en grados y momentos distintos, para lo cual requiere la satisfacción de una serie de necesidades y exigencias humanas. A mayor satisfacción de éstas, mayores grados de perfeccionamiento (de desarrollo personal, de felicidad, si se quiere). Por tanto, el ser de la persona humana debe satisfacer las necesidades y exigencias humanas para alcanzar grados de perfeccionamiento humano, y eso lo consigue a través de la adquisición de bienes humanos. Un concepto básico de bien lo define como aquello que perfecciona al *ser*. Es decir, el bien humano es aquello que satisface necesidades y exigencias humanas, en la medida que con esa satisfacción se alcanza a perfeccionar al *ser* humano.

Esta realidad no ha pasado inadvertida al Derecho. Un Derecho formulado por y para la persona humana (un Derecho humanizado), es un Derecho que –primero– reconoce la existencia de bienes humanos entendidos como realidades cuya consecución perfecciona al ser humano, para –segundo– comprometerse en el aseguramiento de su consecución. Es en este contexto antropológico y jurídico en el que se ha de colocar la categoría jurídica “Derechos humanos”, para definirlos de la siguiente manera: “el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la

obligación negativa de no interferir o significar un obstáculo para el ejercicio de los derechos fundamentales, son que además tiene una obligación positiva que significa la obligación de promover la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 CP). Este deber de promoción no está dirigido a los particulares.

⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El valor jurídico de la persona humana”, en *Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana*, número 11 – 2005, ps. 31–40.

⁵ También llamados derechos “no enunciados o no enumerados” (GROS ESPIELL, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29.c) de la Convención americana sobre Derechos Humanos”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 4, enero–diciembre de 2000, p.146); o “derechos no escritos” (DÍAZ REVORIO, Javier. “Tribunal Constitucional y derechos constitucionales ‘no escritos’”, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Javier, *Justicia Constitucional en el Estado democrático*; Tirant lo Blanch, Valencia 2000, ps. 231). En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como se verá más adelante, se emplean indistintamente las expresiones “derechos no enumerados”, “derechos no escritos” (EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, de 19 de agosto de 2002, F. J. 5); y “derechos implícitos” (EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, de 8 de julio de 2005, F. J. 4).

persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas”⁶.

Este concepto de derechos humanos tiene una serie de ventajas, de las que ahora conviene destacar las siguientes. La primera es que justifica convenientemente la relación medio–fin que existe entre el Derecho y la persona humana. Aquel está al servicio del perfeccionamiento de ésta, y precisamente en ese servicio encuentra su legitimidad. Un Derecho legítimo (un derecho justo) es un derecho dirigido a conseguir el perfeccionamiento humano. La segunda es que permite justificar, también convenientemente, que los bienes humanos y, por tanto, los derechos humanos, existen al margen de que el Derecho positivo los reconozca o no. De hecho, la relación es inversa: existe el Derecho porque existe la persona humana. La entidad sustantiva del fin es que no se formula en referencia a nada más que a sí mismo (así, se dice con acierto que la persona humana es un fin en sí misma); mientras que la entidad sustantiva del medio siempre requiere la referencia a algo externo a él. Existe el medio porque existe el fin. El fin existirá incluso aunque no exista un concreto medio. Así, primero es el fin, y después es el medio.

Este concepto sigue siendo el mismo para cuando se emplea la expresión derecho fundamental o derecho constitucional. El derecho fundamental o derecho constitucional es el derecho humano –definido como se ha hecho antes– reconocido en la norma constitucional. De modo que cuando se hable de un derecho fundamental o de un derecho constitucional, se está haciendo referencia al bien humano que requiere ser conseguido por la persona humana a fin de alcanzar su perfeccionamiento humano, o –como se ha dicho– para alcanzar “el desarrollo o realización del ser humano”⁷, y que ha sido proclamado su reconocimiento y garantía por la Constitución de un Estado determinado.

III. SOBRE UN CONCEPTO BÁSICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO

Afirmado lo anterior, el discurso se traslada de un ámbito filosófico abstracto y general a un ámbito jurídico concreto: el dibujado por una determinada Constitución como norma fundamental, en particular, por la Constitución peruana que es la que aquí interesa referir. En la interpretación jurídica, y la constitucional lo es, lo primero con lo que se encuentra el intérprete es con enunciaciones gramaticales entendidas como el conjunto de signos al cuál se le atribuye –dentro de un concreto lenguaje– un determinado significado. Por esta razón no es ocioso ni rebaja el nivel de análisis jurídico, sino que por el contrario lo encarrila adecuadamente, acudir a los medios oficiales de esclarecimiento del significado de esos signos que son las palabras. De este modo está no sólo permitido sino incluso es adecuado acudir al diccionario de la Real Academia Española para definir lo *explícito* y lo *implícito*. Lo primero se define como aquello que “expresa clara y determinadamente una cosa”; mientras que lo segundo se define como lo “incluido en otra cosa sin que esta lo exprese”.

Predicados estos adjetivos del sustantivo *derechos* se obtiene lo siguiente: *derechos explícitos* son aquellos derechos expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, como por ejemplo puede ser una ley; mientras que los *derechos implícitos* son aquellos derechos no expresados clara y determinadamente en una norma jurídica positiva, sino que se incluye en ella sin que ésta lo manifieste. Dando un paso más se tiene

⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra editores, Lima 2007, p. 37.

⁷ SAENZ DÁVALOS, Luis, “La cláusula de los derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, número 13, 2002, p. XXV.



que *derechos constitucionales explícitos* serán aquellos derechos expresados clara y determinadamente en el texto de la Constitución; mientras que los *derechos constitucionales implícitos*, serán aquellos que se incluyen en la Constitución sin que ésta lo exprese clara y determinadamente.

Como regla general los derechos constitucionales explícitos no necesitan de una particular carga argumentativa para reconocerlos como tales. Precisamente su carácter de expresos permite que se allane el camino para su reconocimiento y aplicación efectiva. No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto de los derechos constitucionales implícitos, los mismos que por no estar clara y determinadamente expresados en la Constitución requieren de una especial argumentación, y además suficiente, para justificar su reconocimiento como derechos constitucionales.

De modo general, por tanto, es posible realizar la siguiente afirmación: el criterio diferenciador entre un derecho constitucional explícito de otro implícito es el modo como son recogidos en la Constitución, los primeros están expresados claramente, por lo que no requieren de una justificación para reconocerlos como tales; los segundos no aparecen expresamente reconocidos por lo que exigen una justificación argumentativa para sustentar su carácter de derechos constitucionales.

Es así que el derecho constitucional implícito puede ser definido de la siguiente manera: el conjunto de bienes humanos reconocidos y garantizados por la norma constitucional a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas, que no están recogidos en el texto de la Constitución, sino que se concluyen de ella luego de una argumentación justificativa suficiente⁸.

IV. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EXPLÍCITOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Con base en estas definiciones es posible afirmar que en el texto de la Constitución peruana existen reconocidos de modo expreso una serie de derechos constitucionales. Estos derechos pueden encontrarse a lo largo de los distintos títulos que componen la norma fundamental peruana. Así, por ejemplo, los hay los recogido en el Capítulo I (derechos fundamentales de las personas) del Título I (de la persona y de la sociedad): el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física y el libre desarrollo y bienestar (artículo 2.1 CP); el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2.2 CP); el derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada (artículo 2.3 CP); las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2.4 CP); entre otros. También los recogidos en el Capítulo II (de los derechos sociales y económicos) del título I: los derechos a la protección de la salud y la del medio familiar (artículo 7 CP); el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social (artículo 10 CP); la libertad de enseñanza (artículo 13 CP); el derecho a la gratuidad de la enseñanza en centros públicos (artículo 17 CP); el derecho al trabajo (artículo 22 CP); el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 27 CP). También los hay fuera del mencionado Título I. Así, el derecho a la libre iniciativa privada (artículo 58 CP), la libertad de contratar (artículo 62 CP), el derecho a la propiedad (artículo 70 CP), ambos del Título III; el derecho al debido proceso

⁸ En este mismo sentido se ha escrito que “los derechos no enumerados, no son otra cosa, que aquellos atributos fundamentales de la persona que, al margen de que no se encuentren objetivamente incorporados en el contenido de la Constitución, su existencia se desprende de aquellos principios esenciales que el ordenamiento constitucional reconoce como cláusulas abiertas”. Ibidem.

y la tutela jurisdiccional (artículo 139.3 CP), a la indemnización por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias (artículo 139.7 CP), del Título IV.

Para el reconocimiento de estos derechos como derechos constitucionales no es necesaria ninguna especial argumentación. Al estar expresamente recogidos, son directamente reconocidos como derechos constitucionales. Otra cosa bien distinta –y que no será objeto de análisis en este trabajo⁹– es saber determinar cual es el contenido normativo constitucional de estos derechos expresos. Este, sin duda, es el principal problema iusfundamental que se formula en relación a los derechos constitucionales expresos.

V. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

En este punto, obligado es la formulación de la siguiente pregunta: ¿es posible argumentar la existencia de derechos constitucionales implícitos en la norma fundamental peruana? Si se encuentra que esta respuesta es positiva, será necesario dar un paso más y preguntarse lo siguiente: ¿cuáles son los criterios que se han de tomar en cuenta para reconocer un derecho como un derecho constitucional implícito. A la facilidad para identificar y reconocer los derechos constitucionales expresamente reconocidos en la Constitución peruana, se opone la dificultad para determinar la existencia de derechos constitucionales reconocidos sólo implícitamente.

A continuación se formulará una doble justificación de la existencia de la categoría jurídica “derechos constitucionales implícitos”. La primera será de tipo general y, por tanto, básicamente válida para todo sistema jurídico, incluido para alguno que no haya regulado nada al respecto, o incluso que habiéndolo regulado lo ha hecho para descartar su existencia.

1. Justificación extrasistémica

Responder a la primera pregunta supone recordar la definición de derechos constitucionales que se formulara líneas arriba. Los derechos constitucionales son los bienes humanos reconocidos y garantizados en la Constitución, cuya adquisición supondrá la satisfacción de una serie de necesidades y exigencias humanas a fin de que la persona humana adquiera grados de perfeccionamiento y con ello alcanzar su realización humana. Así definidos los derechos constitucionales, se habrá de reconocer que detrás de todo derecho constitucional habrá un bien humano y detrás de un bien humano se encontrará una necesidad o exigencia humana, y detrás de éstas la persona humana misma. Del mismo modo habrá que reconocer que la persona humana es una realidad que existe en un lugar y momentos históricos concretos, que ha de adquirir bienes humanos y satisfacer necesidades humanas en una parcela temporal y geográfica determinada. Consecuentemente, si bien la esencia humana es una e invariable y por tanto atemporal y a-histórica, la manifestación y despliegue de esa

⁹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Acerca de la garantía del contenido esencial y de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, volumen. 3, 2002, ps. 25–53; “El contenido constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo”, en *Asesoría Laboral*, número 167, noviembre 2004, ps. 9–14; “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149; “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 152, julio 2006, ps. 13–25; “El contenido constitucional del derecho de acceso a la información en entidades públicas en el ordenamiento constitucional peruano”, en AA. VV. *Derecho de acceso a la información pública*, Defensoría del Pueblo, Piura abril 2005, ps. 29–42; “El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo”, en PALOMINO MANCHEGO, José (Coordinador), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Editora Jurídica Grijley, Lima 2005, ps. 563–605.



esencia se manifiesta siempre dentro de unos concretos elementos fácticos y de unas concretas valoraciones sociales¹⁰.

Estos elementos fácticos y valoraciones sociales pueden tener las siguientes dos consecuencias: primera, que por la aparición de unas nuevas circunstancias surjan determinadas necesidades humanas que hasta ese momento no se habían manifestado ni sentido como tales; segunda, que por el cambio de las circunstancias, necesidades ya existentes son satisfechas con base a medios hasta ese momento inexistentes. Así, las circunstancias o más precisamente el cambio de las mismas, y las concretas valoraciones que ellas generen en la sociedad, pueden exigir la formulación y protección jurídica de nuevos bienes humanos, en cuyo caso hablaremos de *nuevos* derechos humanos; o puede exigir el redimensionamiento de un ya reconocido bien humano, en cuyo caso hablaremos de un *nuevo* contenido de un antiguo derecho humano. En uno y otro caso nos hallamos “ante circunstancias que aconsejan un reconocimiento y protección jurídica al más alto nivel, que hasta el momento no tenían reconocido, al menos de manera explícita y concreta”¹¹.

En la medida que tanto el derecho como el contenido son realidades nuevas, no puede predicarse de ellas un reconocimiento expreso precisamente porque no existían antes. Por esta razón tanto a una como a otra es posible calificarlas de *realidades implícitas*. Se hablará, entonces, de un derecho humano implícito y de un contenido implícito de un derecho humano expresamente recogido. El carácter implícito del primero se predica respecto de la naturaleza y consiguiente dignidad humana; del segundo se predica del derecho humano pre-existente y pre-reconocido como tal. Aquí interesa destacar especialmente los implícitos derechos humanos porque –como se verá– ello desemboca en los implícitos derechos constitucionales. Esto no obsta para que finalmente también se diga algo acerca de los contenidos nuevos de derechos humanos (o constitucionales) ya reconocidos.

De entre las dos mencionadas consecuencias, el verdadero problema se presenta respecto de la primera de ellas. En efecto, si se ha reconocido como existente un determinado derecho humano con la finalidad de asegurar un determinado bien humano, y en la medida que la consecución de ese bien humano ocurre siempre en unas concretas circunstancias, entonces sólo se requerirá de una determinada (suficiente) interpretación que tomando como base el derecho humano reconocido y las nuevas concretas circunstancias, se justifique (convenientemente) que esas nuevas circunstancias exigen reconocer una nueva facultad o una nueva posibilidad de posición jurídica del titular del derecho, es decir, un nuevo elemento al contenido jurídico de ese derecho humano preexistente.

Esto mismo no ocurre exactamente respecto de la primera consecuencia. En este supuesto el asunto se complica bastante debido a que no existe un punto de referencia (el derecho humano ya reconocido como tal) sobre el cual argumentar. Precisamente lo que se exige es argumentar la existencia de ese nuevo derecho humano: primero, justificar su reconocimiento y exigencia; y segundo, argumentar lo que forma parte de su contenido jurídico.

En un caso y en otro, y al margen de la complejidad en su argumentación, si se trata de considerar a la persona como un fin en si misma, es decir, si de lo que se trata es de alcanzar la plena realización humana, y además, si ocurre que el Derecho es un medio para alcanzar ese fin, entonces, no puede ocurrir que al margen de lo que expresamente se disponga en un

¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra editores, Lima 2006, p. 38.

¹¹ DÍAZ REVORIO, Javier. “Tribunal Constitucional y derechos constitucionales ‘no escritos’”, citado, ps. 231–232.

sistema constitucional concreto, no se de cabida al reconocimiento y efectiva vinculación jurídica a los nuevos derechos humanos. De modo que al margen de lo que se haya dispuesto expresamente en el concreto ordenamiento constitucional peruano, no puede no reconocerse en él a nuevos derechos humanos. En la medida que se trata de derechos que no existían reconocidos anteriormente, es posible considerarlos como derechos implícitos. Es así que desde fuera del sistema constitucional peruano (justificación extrasistémica), y apelando a realidades suprapositivas (la naturaleza y dignidad humanas) y extrapositivas (al inobjetable cambio de las circunstancias), es posible afirmar la existencia de *derechos humanos implícitos*.

2. Justificación sistémica

A) Desde el artículo 3 CP

Como se sabe, debido a la especial significación de los derechos humanos, estos son reconocidos y garantizados en la norma de mayor valor en un ordenamiento jurídico interno: la Constitución. El destino normal de un derecho humano en un ordenamiento jurídico interno es su constitucionalización. Cuando el Constituyente decide incorporarlos, sin embargo, no lo hace *ex novo*, sino que se limita a reconocer algo pre-existente. La situación ideal es la que manifiesta una correspondencia perfecta entre el ámbito de los derechos humanos y el ámbito de los derechos constitucionalizados. Es decir, al menos una correspondencia perfecta entre los derechos humanos reconocibles en un momento histórico concreto y los reconocidos expresamente en la norma constitucional en ese momento.

Pero aunque se diese esa correspondencia perfecta, ella ocurre siempre dentro de un contexto temporal y geográfico determinado. Esto quiere significar que esa correspondencia perfecta puede que no lo sea en otro momento histórico concreto con unos elementos fácticos diferentes e incluso con unas valoraciones distintas. Por eso con acierto se ha dicho que “la concepción, la idea misma sobre aquello que ha de constituir los ‘derechos fundamentales’, se presenta como una cuestión no zanjada por el constituyente histórico, sino sujeta a la determinación de las generaciones vivas”¹². Frente a esta realidad, el Constituyente tiene dos posibilidades de reacción. La primera es de signo negativo y consiste en no recoger en el texto constitucional ninguna referencia a ella; si ocurre esto habrá que acudir a la justificación extrasistémica para argumentar la existencia y vinculación a un nuevo derecho humano. La segunda es de signo positivo, y consiste en la decisión del constituyente de regular esa realidad, aunque sea básicamente.

El Constituyente peruano, al igual que otros¹³, ha optado por esta segunda posibilidad al momento de decidir que el reconocimiento expreso de derechos en el texto constitucional,

¹² CARPIO MARCOS, Edgard, “Los derechos no enumerados”, en *La Constitución comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica – Congreso de la República del Perú, Lima 2006, p. 324.

¹³ Así, el Constituyente norteamericano, el que en la IX enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos ha mandado que “[l]a enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el Pueblo”; también el Constituyente argentino, que ha decidido que “[l]as declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (artículo 33 Constitución argentina); así mismo el Constituyente uruguayo al establecer que “[l]a enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno (artículo 72 Constitución uruguayo); del mismo modo el Constituyente ecuatoriano, al decidir que “[l]os derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se



no excluye ni el reconocimiento ni la garantía de otros derechos “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” (artículo 3 CP). El mandato del Constituyente peruano tiene la siguiente significación. Primera, que tienen reconocimiento y garantía constitucional no sólo los derechos humanos expresamente reconocidos en la Constitución, sino también aquellos derechos humanos cuya necesidad de reconocimiento y garantía constitucional expresa vaya apareciendo en el futuro por así exigirlo una nueva realidad. Segundo, la determinación y esclarecimiento de ese nuevo derecho humano debe tener como base cualesquiera de los criterios y principios expresamente referidos en el dispositivo constitucional mencionado. Tercero, un derecho humano reconocido y garantizado según ese criterio o principio constitucional, forma parte de la Constitución peruana, de modo que el derecho humano implícito se convierte en un derecho constitucional implícito, no sólo exigible sino también pasible de protección constitucional.

De esta manera, el Constituyente peruano –en palabras de Bidart Campos– “previene sobre la trascendencia de sus silencios, y en cierta forma da ella misma la pauta para que adquieran voz audible para el intérprete. Nos dice: los derechos que callo están en mí, no en mi letra, pero sí en mi espíritu, en mi ideología, en mi idea de derecho, en mi filosofía (a lo mejor también en mi historia). En suma: los albergo en el conjunto cultural que me insufla energía. Y nos está suministrando el camino para integrar su carencia cuando debamos interpretar un derecho no enumerado expresamente en su catálogo”¹⁴.

En definitiva, el artículo 3 CP significa uno de los mecanismos con los que el intérprete constitucional cuenta para determinar si debido a la aparición de nuevas circunstancias es posible argumentar la existencia de nuevas necesidades humanas que exigen de la consecución de nuevos bienes humanos, y justificar el planteamiento de un nuevo (implícito) derecho constitucional. Serán derechos constitucionales implícitos porque su reconocimiento y garantía no se encuentra *ni clara ni determinadamente* recogida en la disposiciones constitucionales, sino que se derivan de una serie de criterios y principios constitucionales sí reconocidos expresamente en la Constitución. Debido a que será excepcional la aparición de nuevas circunstancias y/o valoraciones que exijan el reconocimiento de una necesidad esencialmente nueva y, por tanto, de un bien humano esencialmente nuevo, es que excepcional también debe ser el empleo de este mecanismo¹⁵.

deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material” (artículo 19 Constitución ecuatoriana); y –por citar uno más en el Continente americano– el Constituyente colombiano, quien ha establecido que “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (artículo 94 Constitución colombiana). En esta línea también se ha movido la decisión de Constituyentes europeos, como es el caso del portugués, al decidir que “1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que consten en las leyes y en las normas aplicables de Derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos” (artículo 16), así como que “[e]l régimen de los derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el Título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga” (artículo 17). Una norma parecida se encuentra recogida también en la Convención americana sobre Derechos Humanos, en la que se ha dispuesto que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (artículo 29).

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 412.

¹⁵ En este mismo sentido SOSA SACIO, Juan Manuel, “Derechos no enumerados y nuevos derechos según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Actualidad Jurídica*, número 126, 2004, p. 110.

Finalmente, no es posible terminar este apartado sin hacer un estudio, al menos breve, de los criterios que propone el Constituyente peruano como definidores de derechos constitucionales implícitos. Cuando el Constituyente afirma que la enumeración de los derechos que ha llevado a cabo en el artículo 2 CP, *no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga*, está realizando la declaración de principio por la cual el operador jurídico no debe limitar su búsqueda de derechos constitucionales o fundamentales sólo en el texto del artículo 2 CP. Sino que esa búsqueda se ha de trasladar también, primero, a otros capítulos de la Constitución (*no excluye los demás que la Constitución garantiza*), y segundo, fuera del texto de ella (*ni otros de naturaleza análoga*).

Es en este segundo supuesto es en el que se localizarán los derechos constitucionales implícitos. El Constituyente peruano no sólo se ha limitado a afirmar una protección constitucional a aquellos derechos de *naturaleza análoga* a los reconocidos expresamente en la Constitución, sino que ha querido también describir ámbitos en los que se ha de verificar esa analogía. En este contexto hermenéutico deben colocarse los cuatro criterios mencionados por el Constituyente en el artículo 3 CP: estos criterios están llamados a definir las fuentes en las que se han de buscar y encontrar derechos constitucionales de *naturaleza análoga* a los expresamente mencionados.

La primera de ellas es la dignidad humana. El valor de la persona humana, como ya se dijo, es el de ser fin en sí misma. La persona humana vale como fin, nunca como medio o instrumento. Es este valor el que le atribuye una *dignidad*: la dignidad humana es consecuencia del valor de la persona humana. Éste, a su vez, es consecuencia de la naturaleza humana, o si se quiere, de la esencia humana, es decir, de aquello por lo cual un *ser* es *ser humano* y no otro tipo de ser. Sin ese *ser humano* no habría *dignidad humana*. Consecuentemente, aludir a la dignidad humana como criterio a partir del cual se definirán derechos humanos o derechos constitucionales, significa necesariamente aludir a la naturaleza (esencia) humana. Y aludir a ella lleva inevitablemente a aludir a las necesidades y exigencias humanas que se han de satisfacer a través de bienes humanos a fin de conseguir el perfeccionamiento y desarrollo humano.

Así se llega nuevamente al punto de partida presentado anteriormente, la persona humana y las necesidades y exigencias de su naturaleza humana:

Naturaleza humana (necesidades y exigencias humanas) ---->
 bienes humanos ----> derechos humanos ----> desarrollo y
 perfeccionamiento humano

Esto quiere decir que esos otros *derechos análogos* no reconocidos expresamente ni en el artículo 2 CP ni en otro dispositivo constitucional, deben significar la manifestación jurídica de los bienes humanos que satisfacen necesidades humanas y que con su adquisición perfeccionan al ser humano. Este, sin duda, no sólo es el principal criterio para definir un derecho constitucional implícito, sino que en estricto es el necesario y el suficiente, aunque no por ello el único¹⁶. Y es que de él se desprende el resto, así, esos bienes humanos nuevos

¹⁶ Como se ha dicho, “el principio de dignidad de la persona aparece, tal vez no como el único, pero decididamente sí como el más importante de los principios morales desde donde es posible explicar y entender la propia justificación de los derechos que la Constitución anida”. CARPIO MARCOS, Edgar, “El significado de



que configurarían un derecho constitucional implícito, deben encontrarse también en el ámbito político, en el social, económico y cultural en el cual corresponde desenvolverse a la persona humana (a su naturaleza humana) y en el que se presentarán e intentarán satisfacer necesidades humanas que le permitan adquirir grados de perfeccionamiento humano. En esos ámbitos se hallarán derechos de *naturaleza análoga* a los derechos políticos, a los sociales, económicos y culturales expresamente reconocidos en la Constitución.

Con base en esto, el significado que se ha de atribuir al principio de soberanía del pueblo, al principio del Estado democrático de derecho y al principio republicano de gobierno¹⁷, es que ellos definirán bienes humanos relacionados directamente con el desarrollo de la persona humana dentro de una organización política determinada, una caracterizada por los siguientes elementos: el poder reside en el pueblo (artículo 45 CP), el pueblo elige a sus gobernantes según exigencias democráticas, y ese gobierno se organiza en forma republicana (artículo 43 CP). Es decir, estos tres principios están llamados a determinar futuros derechos humanos políticos, o lo que es lo mismo, derechos constitucionales políticos *implícitos*¹⁸. Ello sin olvidar que los derechos humanos existen al margen de lo que el pueblo decida, es decir, si bien el pueblo es el soberano, éste no puede decidir ir contra el hombre, su dignidad y en definitiva, sus derechos humanos; al mismo tiempo, sin olvidar que los derechos humanos existen, vinculan y se promueven al margen de la forma republicana o monárquica de gobierno. La necesidad de hacer este recordatorio se justifica en que esos dos criterios podrían ser empleados para negar derechos humanos.

Dicho esto, surge la cuestión siguiente: ¿es taxativa la enunciación de estos criterios? La respuesta es que no, si se interpreta de la siguiente manera. Como se acaba de sostener, el único principio necesario y suficiente es el que refiere a la persona humana, es decir, el principio de dignidad humana. De aquí se desprenderán los derechos constitucionales implícitos. Este desprendimiento ocurrirá en todos aquellos ámbitos en los que la persona deba desenvolverse. Así, por ejemplo, el político, para el cual servirán otros criterios como el de soberanía del pueblo, el principio democrático y el principio republicano. Pero el político no es el único ámbito, sino que también existe el social, el económico y el cultural. Pues bien, respecto de ellos será posible sostener principios que puedan permitir luego la determinación de derechos constitucionales implícitos. Por ejemplo, el principio de solidaridad para definir derechos sociales implícitos¹⁹, el principio de economía social de mercado para definir algún derecho económico implícito.

B) Desde la IV disposición final y transitoria

Sin embargo, el artículo 3 CP no es el único mecanismo a través del cual se puede dar reconocimiento a derechos constitucionales implícitos. Si, como se definió anteriormente, por implícito se ha de reconocer todo aquello *incluido en otra cosa sin que esta lo exprese*, implícitos serán también los derechos humanos que estando expresamente reconocidos en la norma internacional vinculante para el Perú, no lo está en el texto de la Constitución peruana. En efecto, en la medida que está mandado que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la

la cláusula de los derechos no enumerados”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3, 2000, p. 25.

¹⁷ Sobre estos principios cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, “Los derechos no enumerados”, citado, ps. 319–323.

¹⁸ En este mismo sentido SÁENZ ÁVALOS, Luis, “La cláusula de los derechos no enumerados...”, citado, ps. XXX–XXXII.

¹⁹ De ahí que con acierto el Tribunal Constitucional haya entendido que el criterio “Estado democrático de Derecho”, se haya entendido como “Estado democrático y *social* de Derecho”, en el reconocimiento de derechos implícitos como el derecho al agua potable o el derecho a la verdad, según se comentará más adelante.

Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (IV disposición final y transitoria de la Constitución), en el ordenamiento constitucional peruano serán considerados como derechos constitucionales implícitos los derechos humanos recogidos expresamente en la norma internacional, pero aún no constitucionalizados expresamente en su norma constitucional.

VI. CONTENIDOS IMPLÍCITOS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES EXPRESOS

1. *Contenidos implícitos nuevos*

Los bienes humanos que suponen los derechos humanos, se han de intentar conseguir en una realidad concreta, porque es en esa realidad concreta en la que la persona ha de intentar encontrar su pleno desarrollo como consecuencia de su consideración como fin en sí misma. Se dijo anteriormente que una de las consecuencias que puede producir el cambio de las circunstancias es el redimensionamiento de un bien humano y, por tanto, el reconocimiento de nuevos elementos conformadores del contenido jurídico del derecho humano que a él va unido. En la medida, se ha dicho también, que el derecho constitucional significa el reconocimiento y garantía de un derecho humano, la necesidad de redimensionamiento del bien humano no sólo implica un redimensionamiento del contenido jurídico del derecho humano, sino también un redimensionamiento del contenido constitucionalmente protegido del derecho.

En la medida que el concreto contenido constitucional de un derecho fundamental no se encuentra reconocido expresamente en el texto del dispositivo constitucional que reconoce el derecho, sino que es consecuencia de la interpretación que del mismo formule los encargados de realizar una interpretación vinculante de la Constitución (en particular el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución), en estricto toda concreta formulación del contenido constitucional de un derecho fundamental será siempre un contenido implícito del derecho fundamental. Se trata, en palabras de Bidart Campos, de “muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos”²⁰.

De este contenido implícito hay que diferenciar el nuevo y el viejo contenido implícito de un derecho fundamental. El contenido implícito nuevo de un derecho fundamental es el o los elementos conformantes del contenido que son fruto del redimensionamiento del derecho humano y del bien humano que ésta detrás de todo derecho humano, que ocurre en un momento determinado por el cambio de las circunstancias o de las valoraciones sociales.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha empleado la expresión “contenidos nuevos de un derecho escrito”. Esta expresión la ha creado para referir “que existen determinados contenidos de derechos fundamentales cuya necesidad de tutela se va aceptando como consecuencia del desarrollo normativo, de las valoraciones sociales dominantes, de la doctrina y, desde luego, de la propia jurisprudencia constitucional”²¹. Significa esto que el contenido constitucional de un derecho fundamental se va adecuando siempre en función de una concreta realidad fáctica y a su consecuente realidad valorativa. No se trata del

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán, Los derechos no enumerados en su relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de investigaciones jurídicas, 2002, p. 104.

²¹ EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, citado, F. J. 5.



reconocimiento de ningún derecho nuevo, sino de un mismo derecho pre-existente el cual va formulando su contenido siempre en referencia a unas concretas circunstancias. Y es que el contenido constitucional de un derecho fundamental termina siempre de definirse en función de una concreta realidad²².

Un ejemplo de esta categoría dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el derecho a la objeción de conciencia²³, considerado por el Alto Tribunal como uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia. La razón de considerarlo así, según el Tribunal Constitucional, sería que de nada “serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano”²⁴.

No se pierda de vista que los nuevos elementos que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental, no serán consecuencia del reconocimiento de un nuevo bien humano y, por tanto, de un nuevo derecho humano, sino que siendo admitido ya ese bien humano y el consiguiente derecho humano, y habiéndole dado expreso reconocimiento y garantía constitucional, se reformula su contenido –en este caso, se ensancha– a fin de lograr una mejor satisfacción de necesidades y exigencias humanas dentro de unas nuevas circunstancias concretas.

2. *Contenidos implícitos viejos*

El contenido implícito viejo de un derecho fundamental viene conformado por todos los elementos del contenido constitucional no que son fruto de nuevas circunstancias o valoraciones, sino que se reconocen como conformantes del contenido del derecho fundamental desde que este es reconocido como tal. A esta realidad parece haberse referido el Tribunal Constitucional al emplear expresiones –poco afortunadas– como “contenidos implícitos de los derechos viejos”²⁵ o “contenido implícito de un derecho expreso”²⁶. Y las ha empleado para referir que “[e]n ocasiones, en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, es susceptible de ser configurado autónomamente”²⁷.

Si bien se ve, el Supremo intérprete de la Constitución está aludiendo a aquella situación en la que el contenido constitucional de un derecho fundamental es a la vez otro derecho fundamental. El contenido constitucional de un derecho fundamental está conformado por un conjunto de facultades de acción que permiten a su titular hacer algo, u oponerse a que alguien haga algo, u obligar a que alguien haga algo. A decir del Tribunal Constitucional hay las facultades que teniendo una entidad suficiente son pasibles de conformar un derecho distinto y autónomo del que forman parte. Estos derechos conformarían a su vez el

²² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Algunas pautas para la determinación...” citado, ps. 144–149.

²³ Peligrosa y poco razonable creación del Tribunal Constitucional como un derecho autónomo. Al respecto véase MOSQUERA MONELOS, Susana, *Derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*, Palestra, Lima 2005, p. 167 y ss.

²⁴ EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, citado, F. J. 6.

²⁵ Idem., F. J. 5.

²⁶ EXP. N.º 2050–2002–AA/TC, de 16 de abril de 2003, F. J. 18.

²⁷ EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, citado, F. J. 5.

contenido constitucional de otro derecho fundamental, y estos derechos serían los “contenidos implícitos de derechos viejos o de derechos expresos”.

Esta expresión es de recibo siempre y cuando no se limite para significar sólo los contenidos autónomos sino a todo el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, que le es atribuible desde siempre como propio de su esencia, sean o no considerados como de configuración autónoma.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, finalmente, son contenidos implícitos de derechos viejos, entre otros, el derecho a un plazo razonable²⁸ o el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas²⁹; el derecho de acceso a los recursos³⁰; el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*ne bis in ídem*)³¹; el derecho a la tutela cautelar³²; el derecho de acceso a la justicia³³; el derecho a un juez independiente e imparcial³⁴; el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva³⁵; el derecho a la prueba³⁶; el derecho de igualdad procesal de las partes³⁷, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales³⁸, el derecho a no autoincrimarse³⁹, el derecho a la prohibición de la *reformatio in peius*⁴⁰, todos ellos contenidos implícitos del derecho al debido proceso⁴¹. En esta misma categoría entra la libertad de ejercicio de la profesión que es considerado como contenido implícito de la libertad de trabajo reconocida en el artículo 2.15 CP⁴². De igual forma entra el derecho de acceder, en igualdad de

²⁸ Ibidem.

²⁹ EXP. N.º 4124–2004–HC/TC, de 29 de diciembre de 2004, F. J. 8 y EXP. N.º 0549–2004–HC/TC, de 21 de enero de 2005, F. J. 3.

³⁰ EXP. N.º 09285–2006–PA/TC, de 10 de enero de 2007, F. J. 2.

³¹ EXP. N.º 1158–2007–PHC/TC, de 30 de marzo de 2007, F. J. 2.

³² Ha dicho el Tribunal Constitucional que “[a]l igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta”. EXP. N.º 00023–2005–PI/TC, de 27 de noviembre de 2005, F. J. 49.

³³ EXP. N.º 010–2001–AI/TC, de 26 de agosto 2003, F. J. 10.

³⁴ EXP. N.º 0023–2003–AI/TC, citado, F. J. 34.

³⁵ EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, de 23 de noviembre de 2004, F. J. 5.

³⁶ EXP. N.º 1934–2003–HC/TC, de 8 de septiembre de 2003, F. J. 1 y ss.; y EXP. N.º 1808–2003–HC/TC, de 14 de agosto de 2003, F. J. 2.

³⁷ EXP. N.º 0729–2003–HC/TC, de 14 de abril de 2003, F. J. 2 y EXP. N.º 2050–2002–AA/TC, de 16 de abril de 2003, F. J. 18.

³⁸ EXP. N.º 2028–2004–HC/TC, de 5 de Julio de 2004, F. J. 5.

³⁹ EXP. N.º 0003–2005–PI/TC, de 9 de agosto de 2006, f. j. 272.

⁴⁰ EXP. N.º 0806–2006–PA/TC, de 13 de marzo de 2006, F. J. 5.

⁴¹ Aunque no ha faltado alguna decisión del Tribunal Constitucional en la que alguno de estos derechos lo ha considerado como parte implícita no del debido proceso sino de otro derecho “viejo”. Así, tiene dicho que “el derecho de acceso a los recursos, como contenido implícito del derecho a la pluralidad de la instancia, es un derecho fundamental, pero no de configuración constitucional, sino de configuración legal”. EXP. N.º 1391–2006–AA/TC, de 29 de agosto de 2006, F. J. 5.

⁴² EXP. N.º 010–2002–AI/TC, de 3 de enero de 2003, F. J. 131; y EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, de 18 de febrero de 2005, F. J. 2.



condiciones, a los cargos y empleos públicos que, como contenido implícito del derecho a la igualdad ante la ley, se encuentra reconocido en el artículo 2.2 CP⁴³.

VII. DERECHOS CONSTITUCIONALES IMPLÍCITOS

1. *La justificación jurisprudencial*

El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajeno a la problemática que presentan los derechos constitucionales implícitos. La construcción argumentativa que realiza el Supremo intérprete de la Constitución ha empezado reconociendo que es posible la existencia de nuevas circunstancias que supongan la creación de nuevas necesidades y que a su vez justifiquen el reconocimiento de nuevos derechos. Así ha dicho el Alto Tribunal: “[e]s bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de “desarrollo de los derechos fundamentales””⁴⁴.

Si bien en estricto esta es la justificación para permitir el reconocimiento de derechos constitucionales nuevos e implícitos a la norma constitucional, también es verdad que puede extenderse perfectamente para justificar también la otra categoría reconocida por el Tribunal Constitucional: contenidos implícitos nuevos de derechos constitucionales viejos. En cualquier caso, queda siempre claro el interés de hacer plenamente real y eficaz el mandato constitucional por el cual se dispone que la persona humana debe ser considerada siempre como fin, lo que se ha de procurar que ella alcance siempre –sean cuales fuesen las circunstancias– y en el grado mayor posible, cuotas de perfeccionamiento propiamente humano. De esta forma un principio que podría parecer meramente declarativo o sustancialmente teórico, se convierte en un criterio jurídico –y vinculante, por tanto–, destinado a tener una virtualidad práctica importante.

En la base de esta justificación se encuentra el convencimiento de que la persona y sus derechos son anteriores al ordenamiento positivo. Claramente así se ha manifestado el Tribunal Constitucional al declarar que “el ordenamiento jurídico no crea, *strictu sensu*, los derechos esenciales, sino que simplemente se limita a reconocerlos”⁴⁵.

2. *Canales jurisprudenciales de expresión de un derecho constitucional implícito*

A) A través del artículo 3 CP

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han empleado los dos canales antes estudiados para determinar un derecho constitucional implícito. El primero ha sido el artículo 3 CP: la individualización de derechos constitucionales implícitos, ha dicho el Tribunal Constitucional, “pueden operar (...) a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú”⁴⁶. Esta vía, ha manifestado el Supremo intérprete de la Constitución, permite considerar que el listado de derechos que el constituyente peruano ha realizado en el artículo 2 CP, es una lista abierta. El artículo 3 CP es el ejemplo claro de que “algunos textos constitucionales se

⁴³ EXP. N.º 576–2001–AA/TC, de 10 de julio de 2002, F. J. 1.

⁴⁴ EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, de 19 de agosto de 2002, F. J. 5.

⁴⁵ EXP. N.º 6546–2006–PA/TC, de 7 de noviembre de 2007, F. J. 4.

⁴⁶ *Ibidem*.

han impuesto el reconocimiento de nuevos derechos, en particular los vinculados directamente con el principio de dignidad, y con el propósito de entronizarlos en su condición de auténticos derechos fundamentales”⁴⁷. El propósito de este tipo de textos constitucionales “no sólo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino, incluso, el de dotarlos con las mismas garantías de aquellos que sí las tienen expresamente”⁴⁸. Y es que esta cláusula “da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”⁴⁹.

B) A través de la IV disposición final y transitoria

Acierta el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que el artículo 3 CP no es la única manera de establecer un derecho constitucional como derecho constitucional implícito, sino que ellos pueden determinarse “también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos”⁵⁰. Y es que se ha de destacar muy especialmente “la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria)”⁵¹.

Sin embargo, a diferencia del artículo 3 CP que se presenta como un mecanismo sólo para la determinación de derechos constitucionales nuevos como derechos implícitos, la IV disposición final y transitoria no sólo es útil para ello, sino también para la determinación de contenidos constitucionales implícitos (nuevos o viejos) de derechos constitucionales expresos. La razón, a decir del Tribunal Constitucional, se encuentra en que muchas normas internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú “no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho mas amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional”⁵².

Así, por ejemplo, luego de afirmar que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in ídem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 139.3 CP, afirmó el Tribunal Constitucional que este derecho “en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos””⁵³. Lo mismo

⁴⁷ EXP. N. 2488–2002–HC/TC, de 18 de marzo de 2004, F. J. 11.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, citado, F. J. 4.

⁵⁰ EXP. N.º 6546–2006–PA/TC, de 7 de noviembre de 2007, F. J. 4.

⁵¹ EXP. N.º 0003–2005–PA/TC, citado, F. J. 2.

⁵² EXP. N.º 6546–2006–PA/TC, de 7 de noviembre de 2007, F. J. 4.

⁵³ EXP. N.º 0729–2003–HC/TC, de 14 de abril de 2003, F. J. 2.



ha ocurrido respecto del derecho a los recursos, el cual ha sido considerado como “un contenido implícito de un derecho expreso, pues forma parte del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. En el proceso penal garantiza, de conformidad con el ordinal “h” del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el derecho de todo inculpado a no ser impedido, ilegal o arbitrariamente, de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior”⁵⁴. Igualmente, “el derecho al plazo razonable de la detención preventiva, reconocido por el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y considerado por este Tribunal como contenido implícito del derecho al debido proceso, en aplicación de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución”⁵⁵. Y en fin, el derecho a interrogar testigos como parte del derecho de prueba, y éste a su vez ha sido considerado como “contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución. Se trata de un derecho que goza de reconocimiento explícito en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 3.e) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2.f)”⁵⁶.

3. *Carácter excepcional del artículo 3 CP*

De entre estos dos medios, el primero es de uso excepcional, es decir, “debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”⁵⁷. Es decir, la propuesta es que ante nuevas realidades que requieran ser atendidas a fin de lograr la plena realización humana, en primer lugar se ha de considerar si esa nueva realidad encaja como contenido constitucional implícito (nuevo o viejo) de un derecho fundamental expreso. Sólo si no es posible calificarlo de tal, se podrá acudir excepcionalmente a la cláusula abierta que significa el artículo 3 CP. Así, “en la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada”⁵⁸.

4. *Probanza del derecho constitucional implícito*

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha planteado la cuestión de si la existencia de un determinado derecho como derecho constitucional implícito estaba o no sujeta a prueba. La cuestión se había planteado porque la demanda de amparo había sido declarada improcedente en segunda instancia debido a que el derecho invocado –el debido proceso en el despido de una trabajadora– “no se encuentra reconocido de manera inequívoca”⁵⁹. La cuestión de la existencia o no de un determinado derecho constitucional no es una tarea de probanza sino de argumentación. Y eso por la sencilla razón de que no se prueba ni la existencia de la persona humana ni su atributo de fin en sí misma (su valor humano, es decir, su dignidad humana), ni la existencia de la Constitución. Por el contrario, la condición humana de las personas es el presupuesto necesario para hablar de Derecho, más allá de que es patente la existencia tanto de la persona como de la Constitución. Estas

⁵⁴ EXP. N.º 09285–2006–PA/TC, de 10 de enero de 2007, F. J. 2.

⁵⁵ EXP. N.º 0003–2005–PI/TC, citado, F. J. 3.

⁵⁶ EXP. N.º 1808–2003–HC/TC, de 14 de agosto de 2003, F. J. 2.

⁵⁷ 895, F. J. 5.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ EXP. N.º 0316–1998–AA/TC, de 5 de marzo de 1999, antecedentes.

dos son las únicas realidades tangibles que necesitarían de prueba, pero al ser manifiesta su existencia, resulta siendo irrazonable la exigencia de que se pruebe la misma. Por eso, afirmar la existencia o no de un determinado derecho como derecho humano constitucionalizado aún implícitamente, queda justificado no por una actividad probatoria, sino más bien por una actividad argumentativa, que con base en la persona humana (en su dignidad) y en los valores y principios constitucionales, pueda justificarse la necesidad de reconocer la existencia de un derecho constitucional implícito. Y es que, se prueba sólo los hechos más no el derecho.

Por eso acierta el Tribunal Constitucional cuando afirma que “[n]o es, pues, el reconocimiento de los derechos fundamentales un tópico que pueda ser susceptible de ser sometido a probanza, pues ni aun con la cláusula de los derechos no enumerados que nuestra Constitución prevé en su artículo 3° cabe realizar tal propósito, puesto que, en este último caso, proveyéndose de diversas técnicas jurídicas, son los jueces constitucionales (y no las partes) los llamados a determinar si, con el tiempo, un atributo subjetivo no previsto originariamente en la Constitución puede ser catalogado, sin embargo, como un derecho constitucional, con todas las consecuencias que detrás de ello nuestro ordenamiento jurídico ha previsto”⁶⁰.

5. En particular, sobre algunos derechos constitucionales implícitos

A) El derecho constitucional implícito al agua potable

Uno de los pocos casos en los que el Tribunal Constitucional ha empleado la cláusula del artículo 3 CP, ha sido para reconocer como derecho constitucional implícito el derecho al agua potable. Ha dicho el Alto Tribunal respecto de este derecho que “aunque dicho atributo no se encuentra considerado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. (...) [E]n la medida en que no existe norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aun se encuentran pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para tal efecto, principalmente a la opción valorativa o principialista y la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente”⁶¹.

De entre los principios que menciona el artículo 3 CP, el Supremo intérprete de la Constitución ha manifestado que el derecho constitucional al agua se sustenta en la dignidad humana y en el principio del Estado social y democrático de derecho. En lo que respecta al primer criterio, ha dicho el Tribunal Constitucional que el agua, en “[s]u condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento, el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia”⁶².

Y en referencia al otro principio, ha manifestado que “[e]l agua, en cuanto recurso natural, (...) desde una perspectiva extrapersonal incide sobre el desarrollo social y económico del

⁶⁰ Idem, F. J. 3.

⁶¹ EXP. N.º 6546–2000–PA/TC, de 7 de noviembre de 2007, F. J. 5.

⁶² Idem., F. J. 6.



país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, la minería, el transporte, la industria, etc. Puede afirmarse, por consiguiente, que gracias a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo”⁶³. De modo que se convierte en “un valor objetivo que al Estado Constitucional corresponde privilegiar”⁶⁴.

B) El derecho constitucional implícito a la verdad

Otro derecho constitucional implícito que ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en aplicación del artículo 3 CP, ha sido el derecho constitucional implícito a la verdad. La justificación la ha encontrado el Alto Tribunal en tres de los principios o criterios que el mencionado dispositivo constitucional recoge para la determinación de derechos constitucionales implícitos. El primero ha sido su derivación de la dignidad humana. Ha manifestado el Tribunal Constitucional que “el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos”⁶⁵.

EL segundo ha sido el principio del Estado democrático y social de derecho, respecto del cual ha manifestado que si éste “se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales”⁶⁶.

Y el tercer principio ha sido la forma republicana de gobierno, debido a que “la información sobre cómo se manejó la lucha antisubversiva en el país, así como de cómo se produjo la acción criminal de los terroristas, constituye un auténtico bien público o colectivo, y también contribuye con la realización plena de los principios de publicidad y transparencia en los que se funda el régimen republicano. Necesarios no sólo para conocer estos luctuosos hechos, sino también para fortalecer el control institucional y social que ha de fundamentar la sanción a quienes, con sus actos criminales, afectaron a las víctimas y en general a la sociedad y el Estado”⁶⁷.

C) Derechos constitucionales económicos de consumidores y usuarios

El Tribunal Constitucional también ha invocado el artículo 3 CP para sacar a la luz derechos constitucionales implícitos que tienen que ver con la protección de los consumidores y usuarios en una economía social de mercado. A diferencia de los casos anteriores, la referencia ha sido general y el Supremo intérprete de la Constitución no ha justificado la determinación de estos derechos en ninguno de los principios o criterios recogidos en el

⁶³ Idem., F. J. 7.

⁶⁴ Idem., F. J. 8.

⁶⁵ EXP. N.º 2488–2002–HC/TC, de 18 de marzo de 2004, F. J. 15.

⁶⁶ Idem., F. J. 17.

⁶⁷ Idem., F. J. 18.

mencionado precepto constitucional, lo cual no hace sino confirmar lo que antes se afirmó acerca del carácter abierto de la enunciación de los criterios del artículo 3 CP.

La justificación para considerar esos derechos como derechos constitucionales implícitos ha sido que el reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, “no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución. Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de "nuevos" derechos, en función de la aplicación de la teoría de los “derechos innominados”, allí expuesta y sustentada”⁶⁸.

Los derechos, que en palabras del Tribunal Constitucional se erigen también en derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, son “los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor”⁶⁹. Y han sido éstos en concreto porque ellos han sido comprendidos en la ley de desarrollo constitucional del artículo 65 CP: ha dicho el Tribunal Constitucional que “el propio Estado, a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65° de la Constitución”⁷⁰.

D) Otros derechos constitucionales implícitos

A la lista de derechos constitucionales implícitos que se lleva formulada, se han de agregar dos más que en realidad deberían su consideración de “implícitos” al hecho de no haber sido formulados expresamente como tales derechos fundamentales en el texto constitucional. Son derechos que están referidos en la Constitución no a través de una expresión o frase que lo identifique como denominación, sino que lo previsto expresamente es ya el contenido esencial de ese derecho.

Así, del artículo 200.6 CP se puede concluir que constitucionalmente se “reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento”⁷¹.

Lo mismo se puede concluir de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 200 CP, en los cuales se ha previsto la procedencia de las demandas de hábeas corpus, amparo y hábeas data en defensa de los derechos fundamentales. Aunque expresamente no está dicho, de ahí brota el derecho constitucional “implícito” a interponer una demanda constitucional en defensa de derechos

⁶⁸ EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003. F. J. 32.

⁶⁹ EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, de 11 de noviembre de 2003. F. J. 32.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ EXP. N.º 0168–2005–PC/TC, de 29 de septiembre de 2005, F. J. 9.



fundamentales. En palabras del Tribunal Constitucional, “bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo–constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales”⁷².

En estricto, sin embargo, cabe sostener lo siguiente: no estamos frente a ningún derecho constitucional implícito, sino que el reconocimiento de uno y otro se ha de considerar expreso. La justificación es que aunque no hayan sido denominados como tales de modo expreso, lo cierto es que tal y como se ha regulado la demanda de cumplimiento así como las demandas de hábeas corpus, amparo y de hábeas data, se ha de admitir que expresamente se ha regulado (y reconocido, por tanto) el contenido constitucional del derecho. Al estar reconocido expresamente el contenido constitucional del derecho debe admitirse también el reconocimiento expreso del derecho mismo.

VIII. CONCLUSIONES

El punto de partida para resolver todas las cuestiones iusfundamentales, y la existencia de derechos fundamentales implícitos la es, debe ser la consideración de la persona humana como fin. El Derecho es un medio que está al servicio del fin, por lo que no puede formularse al margen de la naturaleza (esencia) humana, ni de su consecuente dignidad (humana). A partir de aquí es posible afirmar que el fin hacia el que se dirige el Derecho es la consecución del perfeccionamiento humano a través de la adquisición de bienes humanos que satisfacen exigencias y necesidades que brotan de la naturaleza (esencia) humana. Esta realización y perfeccionamiento humano debe conseguirse siempre en una concreta realidad, lo cual obliga a tomarla siempre en consideración cada vez que se quiera responder cuales son los derechos humanos y cual su contenido jurídico en un momento histórico concreto. El cambio de las circunstancias y consecuentes valoraciones sociales pueden llegar a justificar la existencia de nuevos derechos humanos o de nuevos contenidos de derechos humanos ya reconocidos. En la medida que los derechos constitucionales o fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados, queda justificada la existencia de derechos constitucionales implícitos y de contenidos implícitos de derechos fundamentales ya reconocidos.

El Constituyente peruano no ha ignorado esta realidad, sino que admitiéndola ha previsto dos vías a través de las cuales puedan determinarse los derechos constitucionales implícitos. La primera es el artículo 3 CP, en el que se recogen una serie de criterios de determinación, siendo el único necesario y suficiente el referido a la dignidad humana y a su naturaleza humana que le precede. A partir de éste es posible determinar derechos constitucionales implícitos en el ámbito político (para lo que servirían otros criterios como el de soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho y forma republicana de gobierno), en el ámbito social, en el económico y en el cultural. La segunda vía es la IV Disposición final y transitoria CP, que sirve no sólo para definir derechos constitucionales implícitos, sino también contenidos implícitos de derechos fundamentales ya reconocidos. Sobre ellos hay que diferenciar entre contenidos implícitos *nuevos* (definidos a partir del redimensionamiento de previos bienes humanos), y contenidos implícitos *viejos* (elementos que se reconocen como contenido constitucional de un derecho desde que éste fue reconocido como tal) de derechos fundamentales ya existentes y reconocidos expresamente.

De esta forma, si el Derecho quiere ser un Derecho humanizado que favorezca efectivamente la plena realización humana, no debe impedir el reconocimiento y garantía de nuevos

⁷² EXP. N.º 1230–2002–HC/TC, de 20 de junio de 2002, F. J. 4.

derechos humanos, lo cuales aún si tener reconocimiento positivo deben tener plena validez, y una manera de formularla es a través de los derechos fundamentales o constitucionales implícitos.

