



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LOS DERECHOS DE LA PERSONA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO: UN DESLINDE TERMINOLÓGICO

Luis Castillo-Córdova

Perú, abril de 2005

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2005). Los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano: un deslinde terminológico. *Revista peruana de jurisprudencia*, (50), III-XXXII.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

Al margen de cualquier pensamiento filosófico o político, se concuerda en atribuir a la persona un valor especial que la coloca como centro y fin de la sociedad y de la misma comunidad política nacional o internacional. Ese significado o valor especial ha llevado a que pacíficamente hoy en día se le atribuyan una serie de facultades que se estima le corresponden por el sólo hecho de ser persona.

Estas facultades o atributos generan respuestas distintas desde los diversos órdenes en los que se ha colocado la existencia de la persona. Habrán respuestas desde un orden moral, religioso o político, y desde un orden jurídico. Desde este último ámbito, una de las respuestas ha sido el reconocimiento como *Derechos* y su consecuente protección y garantía a través de una serie de mecanismos jurídicos, de las facultades que el hombre tiene atribuidas por el sólo hecho de ser hombre.

Para hacer referencia a ese conjunto de facultades, se ha acuñado –especialmente en textos filosóficos y en textos jurídicos– una serie de expresiones que por la variedad que ellas suponen, se hace necesario abordar de modo previo un deslinde terminológico.

En efecto, cuando nos introducimos en el mundo de la persona y de los derechos que se le reconocen o deben reconocérsele por ser persona, una de las primeras realidades –a veces dificultades– con la que nos solemos encontrar es la variedad terminológica que se emplea para, de alguna manera, intentar significar a las antedichas facultades del hombre en cuanto hombre. Forman parte de esa variedad, expresiones como “derechos naturales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”, “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”¹. Constatar y admitir esta realidad, justifica plenamente la necesidad y la conveniencia de plantear una diferenciación terminológica –y consecuente diferenciación conceptual–, como paso previo al estudio de cualesquiera de las cuestiones que tengan que ver con los derechos del hombre.

A continuación se presentarán unas breves referencias acerca del empleo y significado de la distinta terminología antes mencionada, simplificando bastante las distintas posturas que sobre el pensamiento iusnaturalista o positivista se han presentado entre los filósofos del derecho.

¹ Refiriéndose a la Constitución española, ha escrito Pérez Tremps que “[e]sta diversidad de denominaciones responde a distintos motivos, tales como la perspectiva metodológica con que se analice una misma realidad jurídica, a la dimensión histórica de ese análisis, o, incluso, a la propia estructura interna de los distintos derechos”. PÉEZ TREMP, Pablo. *Los derechos fundamentales*. En: AA. VV. “Derecho Constitucional I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos”, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 142.



II. DESDE UNA PERSPECTIVA IUSNATURALISTA

1. *Derechos naturales*

La expresión *Derechos naturales* fue empleada y difundida especialmente por el iusnaturalismo racionalista². Durante la etapa del constitucionalismo revolucionario, los textos constitucionales americanos y franceses tienen su fuente de inspiración jurídico-filosófica en el iusnaturalismo racionalista, “fuente primordial de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, de la Declaración de Derechos de Virginia y de la Declaración francesa de 1789”³. En estas declaraciones se contienen referencias expresas al estado de naturaleza y al pacto social, y a los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

Así por ejemplo, se puede leer en el Preámbulo de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que “[l]os representantes del pueblo francés, constituidos en asamblea Nacional (...), han decidido exponer, en una declaración solemne, los *Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*”. Del mismo modo, en el artículo 2 de la mencionada Declaración de derechos, se ha dispuesto que “[e]l objetivo de toda asociación política es la conservación de los *derechos naturales e imprescriptibles del hombre*”.

El iusnaturalismo racionalista concibe al hombre, su naturaleza y exigencias, de modo abstracto, meramente racional y, por tanto, con el riesgo de concebirlo al margen de la concreta realidad en la que ese hombre tendría que desenvolverse y ejercer sus atributos naturales. El contenido de los derechos, entonces, son principalmente formulaciones filosóficas, estrictamente de índole racional fruto del pensamiento “ilustrado”. El hombre es una realidad natural y como tal tiene atribuidas una serie de exigencias y facultades al margen de cualquier tiempo y lugar, y por encima de cualquier otra realidad –como el Estado, por ejemplo–, creada artificialmente por el hombre. Y claro está, esas exigencias no sólo pueden ser conocidas, sino también formuladas por la razón, con tanta fe en el poder de esta que se admitió la posibilidad de “construir un amplísimo sistema de derecho natural, con contenido máximo, mediante sucesivas y reiteradas operaciones lógico-deductivas que, a partir de los preceptos naturales ya existentes o conocidos, permiten obtener otros nuevos”⁴.

Como ha afirmado Peces-Barba, “la expresión ‘derechos naturales’ supone: a) unos derechos previos al Poder y al derecho positivo, que como el Derecho Natural es Derecho, tienen una dimensión jurídica. b) se descubren por la razón en la naturaleza humana. c) se

² Es el caso de John Locke. Cfr. LOCKE, John. *Segundo tratado del gobierno civil*. Alianza editorial, Madrid, 1990.

³ VARELA SUANZES, Joaquín. *Textos básicos de la Historia Constitucional comparada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. IX.

⁴ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; DE CASTRO CID, Benito. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Editorial Universitas S. A., Madrid, 1993, p. 371.

imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a su acción”⁵.

2. *Derechos morales*

De la segunda de las mencionadas expresiones, *Derechos morales*, se puede afirmar que su empleo se produce igualmente dentro de una perspectiva iusnaturalista entendida en sentido lato⁶. Al margen de que se acepte o no que estamos ante una expresión empleada por el iusnaturalismo contemporáneo en reemplazo de la expresión *derechos naturales*⁷, se trata de una terminología que proviene de la cultura anglosajona y que se emplea para referir a los derechos de la persona en contraposición al derecho positivo (*moral rights* en contraposición al *legal rights*)⁸.

El fundamento de los derechos se coloca por fuera del Estado y del Poder político, al igual como lo hace el iusnaturalismo. Los *Derechos morales* significarían “aquellas exigencias éticas, bienes, valores, razones o principio morales de especial importancia de las que gozan todos los seres humanos por el solo hecho de serlo, de tal forma que pueden suponer una exigencia o demanda frente al resto de la sociedad”⁹. En estricto no son sólo moral ni son en estricto Derecho, se les llama Derecho porque el derecho positivo no puede formularse al margen de las exigencias éticas, es decir del *derecho moral*. Así, “[l]os ‘derechos’ humanos sólo serían realmente ‘derechos’ una vez incorporados al derecho positivo, pero previamente, serían ‘derechos morales’, o sea, exigencias de la ética a las que la filosofía de los derechos humanos concedería llamar derechos, porque el derecho positivo no puede crear a su voluntad su propio sistema de derechos fundamentales”¹⁰.

⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 26.

⁶ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; DE CASTRO CID, Benito. *Lecciones de Teoría...*, ob. cit., p. 306.

⁷ De este parecer es Peces-Barba, quien ha afirmado que “[e]l uso del término ‘derechos naturales’ se identifica con una posición iusnaturalista, incluso situada en momentos históricos anteriores, y supone una terminología anticuada y en relativo desuso. En efecto, el iusnaturalismo contemporáneo utiliza otros términos como el (...) de ‘derechos morales’”. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos...*, ob. cit., p. 25.

⁸ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Duckworth and Co., Londres, 1977 (Edición en castellano: *Los derechos en serio*. Trad. M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1984). RAWLS, John. *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachussets, 1971 (Edición en castellano: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979). FINNIS, John. *Natural law and natural rights*, Oxford Clarendon Press, 1980 (Edición en castellano: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992). De entre los autores en lengua castellana se resalta a NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1989.

⁹ GARCÍA AÑÓN, José. *Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez*. En: BALLESTEROS, Jesús. “Derechos Humanos”, Tecnos, Madrid, 1992, p. 61.

¹⁰ BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 79-80.



Por tanto, y como se afirmara preliminarmente, la expresión *Derechos morales* ubica el discurso dentro de un ámbito iusnaturalista. Bien se afirma cuando se dice que “cualquier intento de cifrar la fundamentación de los derechos humanos en un orden de valores anterior al derecho positivo, es decir, preliminar y básico respecto a éste, se sitúa, consciente o inconscientemente, en una perspectiva iusnaturalista”¹¹.

De esta manera se puede afirmar que la expresión *Derechos morales* viene a equivaler a la expresión *Derechos naturales* dentro de la concepción iusnaturalista, por lo que se suele afirmar con razón que en este caso “entre las expresiones ‘derechos naturales’, ‘derechos humanos’ o ‘derechos morales’ no existe una delimitación conceptual precisa y unánimemente aceptada”¹². Debido a esto es que se ha hecho extensiva a la expresión *Derechos morales*, la crítica formulada para la expresión *Derechos naturales*: “‘Derechos morales’ predispone a una aproximación racional, abstracta y ahistórica de los Derechos que prescinde de sus necesarias conexiones con la evolución de la realidad social, y que se cierra a un dato histórico tan incontrovertible como el incremento y la especificación de los derechos por razones culturales, de progreso técnico, etc.”¹³.

III. DESDE UNA PERSPECTIVA POSITIVISTA

1. *Derechos públicos subjetivos*

La expresión *Derechos públicos subjetivos* (*Die subjektiven öffentlichen Rechte*) fue acuñada en el lenguaje de la dogmática alemana del derecho público de finales del siglo XIX, como una especificación del concepto más genérico de “Derecho subjetivo”. Esta expresión nace como una respuesta a la terminología propia del iusnaturalismo, y con ella se quiso significar unos derechos del hombre que tenían una naturaleza estrictamente positiva. Se formulaban y tenían validez jurídica al margen de cualquier connotación iusnaturalista, de modo que podían tener exigibilidad como derechos sólo aquellas realidades jurídicas que el legislador había determinado la tuviesen.

Con la expresión *Derechos públicos subjetivos* se quería significar aquellos derechos que quedaban circunscritos al complejo de relaciones que existe entre el Estado y el ciudadano: el hombre tenía frente al Estado los derechos positivados en la ley, en primer lugar en la de mayor rango: la Constitución. Al ser derechos que se tienen frente al Estado, son derechos de autonomía, que resguardaban esferas de libertad individual de la persona, sobre las cuales el Estado no tenía poder de injerencia alguna. Si el Estado, o más precisamente, si alguna variante de poder público, intentaba o lograba penetrar cualquiera de esas esferas de libertad, el individuo tenía la posibilidad de invocar alguno de sus derechos públicos subjetivos en defensa de su interés individual¹⁴.

¹¹ PÉREZ LUÑO, Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*, 7ª edición, Tecnos, Madrid 2001, p. 179.

¹² Ibidem.

¹³ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos...*, ob. cit., p. 35.

¹⁴ HENKE, Wilhelm. *Das subjektive öffentliche Recht*, Mohr, Tübingen, 1968, ps. 53 y ss.

Así, se entienden los ya clásicos *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* y *status activae civitatis* del famoso publicista alemán Georg Jellinek¹⁵. De esta manera, “[l]o que Winscheid, Ihering o Thon, desde sus posiciones construyeron con carácter genérico, lo aplicó Jellinek, al Derecho público, a través de la teoría de los status (...), de algunos de los cuales surgirían esos derechos públicos subjetivos”¹⁶.

Se trata, en definitiva, de una expresión histórica que aludía a una categoría jurídica que se acomodaba perfectamente al funcionamiento de los esquemas político-jurídicos del Estado liberal de derecho, y a una concreta situación socio-económica caracterizada por la vigencia plena de políticas liberales. Con acierto se ha afirmado que “la categoría de los derechos públicos subjetivos, entendidos como autolimitación estatal en beneficio de determinadas esferas de interés privado, pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica económico-social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa (y en la mayor parte de las ocasiones también económica) por parte de los poderes públicos”¹⁷. Por esta razón se considera que es una terminología poco adecuada actualmente para hacer referencia al reconocimiento y garantía de esas facultades del hombre en cuanto hombre a las que se hizo referencia anteriormente.

2. *Libertades públicas*

Con la expresión *Libertades públicas* (*libertés publiques*) se intentó significar una suerte de contestación a las ambigüedades e imprecisiones que conllevaba la expresión derechos naturales. Se trata de una terminología cuyo uso se sitúa en el pensamiento del positivismo jurídico francés de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, para significar prácticamente lo mismo que con la expresión “derechos públicos subjetivos” de la dogmática alemana. Así, la expresión *Libertades públicas* se empleó para significar unos derechos reconocidos en un sistema jurídico positivo, y que eran eficaces según lo dispuesto y regulado en este sistema, y según la protección judicial que podían dispensarle los jueces¹⁸.

Más allá de la afirmada irrelevancia del adjetivo *públicas* en esta terminología en la medida que se ha sostenido que no existen “libertades privadas”¹⁹, la ventaja más saltante de esta expresión es que adquirió gran difusión en la doctrina filosófico-jurídica, que la convirtieron bastante pronto en un medio eficaz de comunicación. Sin embargo, su falencia

¹⁵ Cfr. JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Auf, Scientia, Aalen, 1964.

¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos...*, ob. cit., p. 27.

¹⁷ PÉREZ LUÑO, Enrique. *Derechos humanos, estado...*, ob. cit., p. 34.

¹⁸ Cfr. BURDEAU, Georg. *Les libertés publiques*. 3^a édition, LGDJ, París, 1966. RIVERO, Jean. *Les libertés publiques. 1. les droits de l'homme*, PUF, París, 1973. COLLIARD, Claude Albert. *Libertés publiques*, Dalloz, 5^a édition, París, 1975.

¹⁹ MADIOT, Yves. *Droits de l'homme et libertés publiques*, París-New York-Barcelona-Milán, 1976, p. 14.



es la misma que la de la expresión “derechos públicos subjetivos”, a saber, el no identificarse más que con una sola de las varias facetas que involucran los derechos del hombre: la faceta de autonomía. Se trata de derechos que “suponen la creación por el Derecho de un ámbito exento para la libre acción de la voluntad. Ni los derechos [de] participación, ni sobre todo, los derechos prestación, se pueden acomodar a esta terminología”²⁰.

IV. DESDE UNA PERSPECTIVA “MÁS NEUTRAL”: DERECHOS HUMANOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

1. *Expresiones menos ideologizadas*

Las expresiones estudiadas hasta aquí tienen en común que son términos más bien históricos cuya formulación inmediatamente se liga a una determinada y acentuada ideología sobre los derechos del hombre. Así, la expresión *Derechos naturales* o *Derechos morales* (aunque esta última más reciente) son de significación iusnaturalista, en un entendimiento amplio de ésta. Mientras que expresiones como *Derechos públicos subjetivos* o *Libertades públicas*, vienen ligadas prácticamente con corrientes filosóficas de índole positivista. El empleo de cualesquiera de estas expresiones trae como consecuencia (querida o no) situar el estudio o argumentación en un terreno ideológico bastante bien definido.

Sin embargo, este no es el único grupo de términos que se suelen emplear para hacer referencia a los derechos de la persona. Existen otras expresiones que ni *a priori* ni tan claramente, suponen una alusión directa a una determinada ideología filosófica. En efecto, expresiones como *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales*, y a diferencia de las anteriormente estudiadas expresiones, están vinculadas antes que al discurso empleado en debates filosóficos, a la práctica jurídica y judicial. Esta situación hace que sean expresiones menos *ideologizadas* que las inicialmente estudiadas y, en este sentido, “más neutrales”.

2. *Derechos humanos y Derechos fundamentales*

A) Primer plano de diferenciación

Para el estudio de estas expresiones es conveniente estudiar juntas las expresiones *Derechos humanos* y *Derechos fundamentales*; dejándose para un momento final la referencia a los *Derechos constitucionales*. La diferenciación entre las dos primeras expresiones puede formularse desde dos planos. El primero de ellos, es el que diferencia *Derechos humanos* de *Derechos fundamentales* según se esté aludiendo a la norma internacional o al ordenamiento nacional de un concreto Estado. La expresión *Derechos humanos* sería una expresión que está reservada para significar los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos. Mientras que la expresión *Derechos fundamentales*, estaría reservada para aludir a los derechos del

²⁰ PECES–BARBA, Gregorio. *Curso de derechos...*, ob. cit., p. 31.

hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas –la Constitución– y que gozan de una tutela jurídica reforzada²¹.

Como se tiene escrito, “se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula ‘derechos humanos’ sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales”²².

Actualmente esta diferenciación es plenamente comprobable en las distintas instituciones o cuerpos normativos que recogen los derechos de las personas. Así, por ejemplo, la expresión *Derechos humanos* es empleada en los textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; o en las resoluciones de los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Mientras que a nivel de la legislación interna se puede leer, por ejemplo, la expresión *Derechos fundamentales* en la primera parte de la Constitución alemana (*Die Grundrechte*); en la Sección 1^a del Capítulo II del Título I de la Constitución española (CE); y en fin, en el Capítulo I del Título I de la Constitución peruana (CP).

B) Segundo plano de diferenciación

Como se ha dicho, este grupo de expresiones son “más neutrales” que las estudiadas inicialmente. Sin embargo, no suponen una neutralidad plena o completa. Buena muestra de ello nos la da uno de los dos planos de diferenciación que se suelen utilizar para distinguir el empleo de la expresión *Derechos humanos* de la de *Derechos fundamentales* y cuyo estudio se abordará en este apartado.

Según un segundo plano de diferenciación, los *Derechos humanos* son sólo criterios morales, sin ninguna connotación jurídica y, consecuentemente, sin la capacidad de vincular u obligar jurídicamente. Los criterios pueden ser correctos o incorrectos, acertados o desacertados, lo que los define es constituir una pauta de decisión, una línea de argumentación para ejecutar algo práctico. Así, la expresión *Derechos humanos* se utilizaría en el ámbito de la deliberación previa a toda decisión jurídica para significar aquellos criterios o pautas morales que fundamentan y pretenden legitimar, por ejemplo, la aprobación de una norma o la emisión de una determinada sentencia. Son pautas que se emplearán, en una argumentación de *lege ferenda* o de *sentetia ferenda*, y sobre las cuales existe el convencimiento de su reconocimiento positivo debido a su bondad intrínseca.

²¹ MESSNER, Johannes. *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik. Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4. Auflage, Tyrolia–Wien–München, 1960, p. 386.

²² PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 44.



Como ha afirmado Robles, “[s]i observamos cómo se elabora una ley en el Parlamento veremos que eventualmente sus miembros –que pertenecen a diversos partidos políticos– arguyen los derechos humanos que la ley *debe* proteger, porque es moralmente exigible en virtud de tales o cuales razones. Y algo similar sucede si tenemos en cuenta la argumentación judicial, aunque en este caso el grado de creatividad viene delimitado por la ley que el juez aplica, y, por tanto, los propios criterios que maneja en su decisión también son objeto de esa delimitación. También los manifestantes expresan en sus pancartas que tal o cual país no respeta los derechos humanos que *debería* respetar. ¿Qué es lo común a todos estos fenómenos de proclamación o de reivindicación? Pues sencillamente el hecho de que se exige el reconocimiento de determinados valores o criterios morales en virtud de su bondad intrínseca”²³.

Un modelo integral de derechos humanos, se ha dicho, “supone aceptar una moralidad de la libertad y de la igualdad que se va formando en la historia del mundo moderno (...). Supone aceptar que la eficacia social de esas pretensiones morales necesita de su incorporación al Derecho positivo. Supone igualmente, que la relación entre moralidad y Derecho positivo necesita de la mediación de un poder político que asuma esos valores éticos como valores políticos, y los incorpore a su Ordenamiento como valores del Derecho”²⁴.

De esta manera, y siempre dentro de este primer plano, la expresión *Derechos humanos* se reserva para aludir a una realidad pre-jurídica: un conjunto de valores morales. Los derechos humanos no serían en estricto derechos subjetivos, pues como tales y por sí mismos no generan ninguna vinculación jurídica y, por tanto, no podrían ser exigidos aún ante ningún Tribunal²⁵. Es decir, “nadie puede hacerlos valer procesalmente como verdaderos derechos subjetivos de carácter positivo. A pesar de no ser verdaderos derechos se siguen llamando así, ‘derechos humanos’ por la fuerza de la costumbre”²⁶.

Para entender mejor esto que se ha dicho, por ejemplo, piénsese en la posibilidad de que el derecho a la libertad de expresión no es recogido –ni expresa ni tácitamente– por la norma constitucional ni ninguna otra norma interna peruana. Del mismo modo, imagínese por un momento que el Estado peruano no tiene firmado ningún tratado o convenio internacional sobre derechos humanos. La libertad de expresión no podrá ser invocada en los tribunales peruanos. Podrá existir –y de hecho existe– el criterio moral que exige el reconocimiento positivo a toda persona de una esfera de libre expresión; es decir, existe el derecho humano a la libertad de expresión. Pero no sería en estricto un derecho subjetivo, en la medida que los ciudadanos peruanos no podrán invocarlo ni reclamar su defensa efectiva ante los tribunales.

²³ ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, p. 18.

²⁴ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos...*, ob. cit., p. 57.

²⁵ En este aspecto coincidiría con los clásicos llamados derechos naturales o actuales derechos morales.

²⁶ ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 19.

El derecho humano a la libertad de expresión no sería un derecho en sí mismo, a ese nivel es una exigencia moral, la misma que necesitará de un acto de positivación en el ordenamiento jurídico interno para, a partir de ahí, configurarse como verdadero derecho. Hasta que eso ocurra, el derecho humano a la libertad de expresión no sería más que un criterio o pauta moral que podrá ser reclamado en la calle, que podrá incluso ser empleado en el lenguaje de los distintos actores jurídicos o políticos para razonar o fundamentar la necesidad del reconocimiento constitucional de la libertad de expresión, pero mientras ese reconocimiento no se verifique, ningún ciudadano puede invocarlo ni mucho menos ejercitarlo o reclamar su defensa.

Los *Derechos humanos* serán verdaderos derechos cuando esas pautas o criterios morales son incorporados a un concreto ordenamiento jurídico –general y principalmente en el documento que haga de Constitución, por ser la norma primera y fundamental del ordenamiento jurídico–, mediante algún acto de positivación. En ese momento los llamados *Derechos humanos* dejan de ser simples criterios morales y pasan a ser verdaderos derechos, invocables y exigibles jurídicamente ante cualquier Tribunal. Esas pautas morales se habrán convertido, entonces, en verdaderos derechos subjetivos. Estos derechos subjetivos se denominarán *Derechos fundamentales*.

En efecto, dentro de este primer plano de distinción, la expresión *Derechos fundamentales* se reserva para hacer referencia al contenido de las exigencias morales a las que se hacía referencia con al expresión *Derechos humanos*, y que han sido recubiertas de todas las características y formalidades jurídicas, de modo que las hacen plenamente exigibles en el ámbito jurídico positivo. En otras palabras, se puede decir que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivados dentro de un concreto ordenamiento jurídico.

El acto de positivación modifica el carácter de los derechos humanos, que pasan de ser criterios morales a exigencias plenamente jurídicas. Como éstos derechos son en definitiva criterios que fundamentan primeras decisiones, los derechos positivados que de ahí se desprendan, no pueden recibir otro calificativo que el de “fundamentales” para diferenciarlos de los “no fundamentales”: “esto solamente sucede cuando dicho ordenamiento les dota de un status especial que les hace distintos, más importantes, que los demás derechos. Si no fuera así, no habría modo de distinguir los derechos fundamentales de aquellos otros que son, por decirlo así, corrientes”²⁷.

A diferencia de los *Derechos humanos* que podían ser invocados universalmente en la medida que constituían criterios morales, los derechos fundamentales son derechos que se definen en función al concreto ordenamiento jurídico que los ha recogido. No todos los ordenamientos jurídicos tienen todos los mismos derechos fundamentales, y si coinciden con ellos, no necesariamente los tienen regulados de la misma manera, con el mismo significado y alcance jurídico constitucional. Por ejemplo, y para seguir con el ejemplo

²⁷ Idem, p. 20.



antes mencionado, la significación de la libertad de expresión como derecho fundamental puede variar de un ordenamiento jurídico a otro, o incluso en un mismo ordenamiento jurídico en momentos históricos diferentes. Así, no tiene el mismo alcance y significación jurídica hablar de libertad de expresión en el sistema jurídico anglosajón que en el peruano; ni tan siquiera tiene la misma significación en el Perú actual, que en el del régimen Fujimorista.

De esta manera, “la determinación de los derechos fundamentales en el seno de un ordenamiento jurídico no es una tarea que haya de dejarse a la libre especulación, sino que sólo es posible atendiendo a las disposiciones del ordenamiento en cuestión. Los derechos fundamentales vienen determinados positivamente”²⁸. A este respecto es muy didáctico Pérez Luño cuando escribe que “mientras es plenamente legítimo y correcto denunciar como ejemplos de violación de los derechos humanos los crímenes de la Alemania nazi, el *apartheid* de Sudáfrica, o la negación de las libertades políticas y sindicales que tienen lugar en el Chile de Pinochet y la Polonia de Jarucelski, carece de sentido hacerlo apelando a los derechos fundamentales, ya que ninguno de estos sistemas políticos reconocía o reconoce en su ordenamiento jurídico positivo tales derechos”²⁹.

En todo caso, no se vaya a mal entender. Los derechos humanos –siempre dentro de lo que propone este primer plano de distinción– no son verdaderos derechos, pero esto no significa que hoy en día no se pueda invocar ante distintos tribunales, la defensa de derechos humanos como a la vida, a la libertad de pensamiento, a la integridad física, a la propiedad, por citar algunos. Estos derechos, hoy en día, se invocan perfectamente ante los tribunales y su cumplimiento y respeto es exigible, pero no por ser derechos humanos en sí mismos, sino por haber sido reconocidos en la norma jurídica positiva, ya sea interna o – como se dirá más adelante– también internacional.

No se puede finalizar la referencia a este segundo plano de diferenciación sin hacer algunas necesarias precisiones. Sin afán de realizar un exhaustivo estudio acerca de la fundamentación de los derechos humanos³⁰, por lo demás muy discutido y nada pacífico³¹, sí es necesario advertir que detrás de la formulación del criterio diferenciador existe una determinada concepción del Derecho y de la persona. Esta concepción coloca el fundamento del Derecho –y por tanto, de los Derechos Humanos– en una realidad que no

²⁸ Ibidem.

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, 7ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, ps. 47–48.

³⁰ Cfr. SERNA, Pedro. *Positivismos conceptual y fundamentación de los Derechos Humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990.

³¹ En referencia a los problemas especialmente doctrinales que han supuesto los temas de concepto y fundamento de los Derechos humanos, se ha escrito con acierto que “aunque resultaría no ya deseable sino necesario que estas cuestiones hubieran alcanzado un status pacífico en la doctrina, se trata de problemas abiertos y respecto a los que continúa produciéndose una de esas disputas doctrinales de las que no se sabe si aportan más luces que sombras sobre algo que, por previo, debería ser más que claro”. DE LUCAS, Javier. *Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos*. En: BELLESTEROS, Jesús. *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 13.

es positiva³² sino que la trasciende: una determinada moralidad. Se debe estar de acuerdo con esta concepción en la medida que el fundamento no es colocado en la norma positiva³³, pues –como bien se ha advertido–, los derechos humanos “[r]equieren (...) una forma de existencia distinta a la que les confiere la norma, puesto que tienen sentido precisamente como límite a la norma y, en general, del poder”³⁴.

Sin embargo, no puede compartirse plenamente el hecho que es sencillamente una determinada moral la que fundamenta los derechos de las personas. Y no se comparte por las consecuencias que de ahí se derivan, especialmente la que consiste en quitarle valor jurídico a los derechos humanos entendidos como realidades pre–positivas. Es verdad, la moral (¿cuál moral?) es una realidad que no es jurídica y, por tanto, no se puede ejercer coacción para procurar su cumplimiento, pero la moral no es el sustento del Derecho.

El fundamento –dicho de modo bastante simplificado– es la dignidad humana que tienen las personas por compartir una misma naturaleza de ser humanos. Esa naturaleza, sin dejar de ser la misma siempre, tiene una serie de exigencias que se manifiestan de manera distinta según un concreto espacio temporal. Y esas exigencias son las que deben ser reconocidas y garantizadas por el Derecho si quiere lograr la legitimidad de éste como mecanismo al servicio del hombre, y si se quiere lograr el desarrollo pleno de la persona como persona a través de la consecución de una serie de valores en los que se proyecta la dignidad del hombre³⁵.

Si este es el fundamento, será posible formular lo justo según algo sea debido a la persona por ser persona. Y lo justo es en sí mismo jurídico. De ahí que los derechos humanos entendidos como una realidad supra–positiva (si se quiere, como derechos subjetivos naturales) son jurídicos y obligan, por tanto. Obliga al punto que el ordenamiento jurídico concreto debe acogerlos positivados, de manera que si no lo hace no sólo podrá ser calificado de sistema injusto, sino que incluso podrá alentar la formación de una tenaz

³² Según Hervada, “[p]ositivo quiere decir *puesto* por el hombre, constituido por voluntad humana”. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*, 8ª edición, EUNSA, Pamplona, 1994, p. 107.

³³ Por esta razón a quienes proponen este plano de diferenciación puede considerárseles dentro del pensamiento iusnaturalista, en un sentido lato del término. En referencia a las distintas posturas doctrinales que colocan el fundamento de los derechos humanos en un ámbito supra–positivo, ha escrito Bidart campos que “el punto de fricción está dado por la reticencia de quienes, fundamentando los derechos humanos ‘fuera’ del Estado y de la positividad, niegan a ese algo que está ‘fuera’ la esencia de la juricidad (será ética, será la naturaleza humana, será la idea de derecho, será el valor historizado relevante), frente a quienes el mismo ‘fuera’ posee naturaleza jurídica. El punto de contacto, en cambio, está dado por la coincidencia de que el derecho positivo debe ‘positivizar’ como derechos humanos eso que, con tal nombre, tiene su fundamento ‘fuera’ de la positividad. Con esta intersección, es más fácil entenderse”. BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de...*, ob. cit., p. 99.

³⁴ SERNA, Pedro. *Positivismos conceptual y...*, ob. cit., p. 380.

³⁵ TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *La justificación de los Derechos Humanos*. En: DURÁN LALAGUNA, Paloma (Coord.). “Manual de Derechos Humanos”, Comares, Granada 1993, ps. 80–85.



oposición en la población en busca del reconocimiento y garantía de los mencionados derechos.

Si no obligase entonces no sería posible el reconocimiento jurisprudencial de una facultad como derecho humano al no estar expresamente recogida en la legislación positiva. Tampoco sería posible, por poner un ejemplo extremo, hacer frente a una disposición del ordenamiento jurídico positivo por la cual se reconociese la facultad –incluso como derecho fundamental– de que la mayoría étnica o religiosa que habita el país pueda quitar la vida a los miembros de la comunidad minoritaria. Es verdad que los derechos humanos –derechos subjetivos naturales– y el orden jurídico – positivo se complementan recíprocamente³⁶, pero no es verdad que sean jurídicos por estar positivados³⁷.

3. *Derechos constitucionales*

Finalmente, dentro de las expresiones que pueden emplearse para hacer referencia a los derechos de la persona por ser persona, aún falta hacer referencia a una más: *Derechos constitucionales*. El empleo y significado de esta expresión es mucho más sencillo y pacífico que las hasta ahora tratadas. Con la expresión *Derechos constitucionales* se puede hacer referencia a ese conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidas y garantizadas en la norma constitucional.

El empleo de esta expresión no genera mayores complicaciones debido a que se está calificando un derecho según el nombre de la norma que lo contiene. Se podrá discutir el fundamento filosófico y el concepto de los *Derechos humanos*, o de cuales deben ser los *Derechos fundamentales*; pero si vienen recogidos en la Norma constitucional, no habrá duda que son *Derechos constitucionales*.

Hablar de *Derechos constitucionales* sitúa el debate dentro de un concreto ordenamiento jurídico constitucional. Es decir, no se está en el plano del discurso filosófico, sino estrictamente en el ámbito del debate jurídico. En esto se asemeja con la expresión *Derechos fundamentales*. Sin embargo, y bueno es decirlo, existen casos en los que esta coincidencia no es plena. Ello ocurre cuando por una decisión del poder constituyente no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales. Es decir, cuando al interior de una Constitución se reconocen a la persona una serie de Derechos y sólo algunos de ellos con calificados de “fundamentales” de manera que se crea una suerte de división de los derechos: los constitucionales fundamentales y los constitucionales no fundamentales o constitucionales a secas.

³⁶ Como se ha escrito “dentro de un sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos”. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al...*, ob. cit., p. 81.

³⁷ Para Bidart Campos, “[e]l panorama completo se dibuja, pues, de la siguiente manera: exigencia jurídica (por derecho natural o por el deber ser ideal del valor justicia) respecto al fundamento de los derechos, ‘más’ positivación en la dimensión sociológica del mundo jurídico (derecho positivo) y –acaso– en su dimensión normativa”. BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de...*, ob. cit., p. 100.

En estos casos, como por ejemplo el caso español al que se hará referencia más adelante, todos los derechos fundamentales son derechos constitucionales, pero no todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales. Complementariamente, en estos supuestos la Constitución prevé mecanismos de protección distintos según se trate de un derecho fundamental o simplemente de un derecho constitucional. Depende, eso sí, de una decisión del Constituyente colocar a los derechos en uno u otro grupo.

Esta no coincidencia plena desaparece en aquellos ordenamientos constitucionales, como el peruano al que también se hará referencia más adelante, en los que hablar de *Derechos Fundamentales* equivale plenamente a lo mismo que hablar de *Derechos constitucionales*, al punto que para unos y para otros existen unos mismos mecanismos de protección constitucional.

V. UTILIDAD DE LA DIFERENCIACIÓN

Como se ha podido apreciar, con las distintas expresiones que se han comentado anteriormente se ha pretendido hacer referencia a una misma realidad: a los derechos de la persona en tanto que persona, dicho de una manera sencilla. Esta pretensión se manifiesta especialmente cuando de las expresiones *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales* se trata. Si la referencia es a una misma realidad, la primera impresión es que parecería que la distinción terminológica no tiene utilidad alguna, o al menos una utilidad de relevancia.

Sin embargo, esta primera impresión queda descartada cuando al analizar detenidamente la cuestión, se llega a obtener al menos cuatro razones de utilidad.

1. Utilidad formal

En primer lugar, es innegable que en la literatura jurídica siempre se encontrarán expresiones como las que se han mencionado y distinguido líneas arriba: derechos naturales, derechos morales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales. Para un mejor entendimiento y mayor precisión en el empleo de estas expresiones, es bueno y útil saber en qué contexto nacen, qué pretenden referir y lo que realmente significan cada una de ellas.

En particular, cuando se trata de las expresiones *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales*, la distinción es útil porque ayudará a conocer en estricto el plano en el que se sitúa el discurso cuando se habla de los derechos del hombre: si en el plano de la justificación previa o en el plano de la decisión primera; si en el plano internacional o en el plano del ordenamiento jurídico interno de un Estado concreto; o a conocer si en un concreto ordenamiento jurídico constitucional es posible la agrupación –y hasta su jerarquización– de los derechos que referidos de la persona



reconoce y garantiza el texto constitucional: si son derechos sólo constitucionales, o si son además fundamentales.

2. *Utilidad material*

Pero no sólo una utilidad formal puede desprenderse de la distinción terminológica que se ha hecho. Sino que, y en segundo lugar, puede hallarse también una utilidad de orden jurídico material. Esta utilidad que se manifiesta para cuando de *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales* se trata, permite advertir que dependiendo del concreto ordenamiento jurídico puede ocurrir que no exista una coincidencia plena entre lo que desde un plano internacional o desde una perspectiva jurídico-filosófica se ha formulado como *Derecho humano*, y lo que desde un plano jurídico nacional se ha previsto como *Derecho fundamental* o como *Derecho constitucional*.

Así, y aunque por excepcional no sería imposible, puede ocurrir que en un determinado Estado su ordenamiento jurídico no haya incluido como parte de su contenido todos o algunos de los Tratados que sobre Derechos humanos se hayan adoptado en la comunidad internacional. En estos supuestos será frecuente que un “derecho humano” reconocido a nivel internacional como derecho de la persona en cuanto persona, no pueda ser invocado como derecho en los concretos tribunales u organismos de justicia del referido Estado.

Del mismo modo, y de concordarse con el segundo de los planos de distinción que se formularon anteriormente al momento en que se hizo la diferenciación entre *Derechos humanos* y *Derechos constitucionales*, la distinción resultaría útil porque no todos los derechos serían en estricto derechos subjetivos titularizados por las personas.

Como ya se ha dicho, según los que formulan este plano de distinción, los derechos humanos no son verdaderos derechos subjetivos y, por tanto, no pueden ser exigidos ni reclamados por sí mismos al interior de un concreto ordenamiento jurídico; lo que sí se podrá hacer tanto con los derechos fundamentales como con los derechos constitucionales. Estos derechos, aunque se referirán esencialmente a lo mismo a lo que se refieran las pautas o criterios morales que significan los derechos humanos, tendrán carácter jurídico y vinculante al interior del ordenamiento constitucional en el que son reconocidos, cosa que no puede verificarse en los derechos humanos por sí mismos.

En uno y otro caso, sin embargo, no debe olvidarse que lo jurídico en la medida que atañe a *lo justo* en las relaciones entre las personas, no se agota con lo positivado como norma. Lo jurídico trasciende lo positivo para colocarse también en el ámbito de lo exigido por la naturaleza y consecuente dignidad de la que todas las personas, por el sólo hecho de ser tales, gozan. Esto significa que si una exigencia de la naturaleza y dignidad humanas no ha sido positivada ya sea en un Tratado internacional, ya en el texto de la norma constitucional interna de un Estado, no significa que *per se* no exista o que no tenga relevancia jurídica. Aunque no esté positivado, esa exigencia podrá ser argumentada en los tribunales a efectos de conseguir su satisfacción, porque incluso quienes afirman que los

Derechos humanos son sólo exigencias morales admiten que ellas deban ser reconocidas por el ordenamiento positivo.

3. *En la formulación positiva del derecho*

Aún en el supuesto que se admita que los *Derechos humanos* no sean verdaderos derechos subjetivos, no significa que carezca de todo valor. Muy por el contrario, y en tercer lugar, la formulación positiva del derecho presupone la pre-existencia de la formulación moral. Lo acertado o desacertado de la formulación positiva del derecho depende en gran medida de lo bueno o malo de la formulación del criterio o pauta moral. Y una vez formulada ésta, si es realmente una pauta enlazada fuertemente con las anteriormente mencionadas exigencias básicas de la dignidad humana, entonces, su fin natural es terminar siendo positivada, ya sea en una norma internacional, ya sea en el ordenamiento jurídico interno. Es así que se puede afirmar que los *Derechos fundamentales* son la positivación de los *Derechos humanos*, o –en palabras de Alexy– “[los derechos humanos] poseen una validez moral que no puede ser anulada por el derecho positivo. A su vez, los derechos fundamentales son, en su núcleo, derechos humanos transformados en derecho positivo”³⁸.

Pues bien, si además se repara en el hecho que hoy en día si no todos, sí casi todos los derechos humanos han sido positivados en los distintos y concretos ordenamientos jurídico constitucionales, entonces se podrá apreciar que saber cuales son y qué significan cada uno de los *Derechos humanos* como formulaciones o pautas morales es tan importante como conocer su formulación positiva. Y es que un buen y pleno entendimiento de los derechos del hombre no debe limitarse al estudio de las implicancias filosóficas de los mismos o limitarse al estudio del alcance jurídico concreto de su formulación positiva, sino que necesariamente debe involucrar tanto la dimensión moral-filosófica como la positiva.

4. *En particular, para diferenciar Derechos fundamentales de Derechos constitucionales*

Pero, en cuarto lugar, no sólo es útil distinguir *Derechos humanos* de *Derechos fundamentales*. También es útil diferenciar *Derechos fundamentales* de los *Derechos constitucionales*, como ya se dijo. Existen algunos ordenamientos jurídicos que, como el español, distinguen derechos fundamentales de los restantes derechos constitucionales, de manera que no significará lo mismo utilizar una expresión u otra para cuando se quiera hacer referencia a algún derecho de la persona. El Título I de la Constitución Española se denomina “De los derechos y deberes fundamentales”. El Capítulo II de este título lleva por rótulo “Derechos y libertades”. A su vez éste capítulo se divide en dos secciones. La Sección 1.^a se titula “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (artículos 15 a 29); mientras que la Sección 2.^a lleva por título “De los derechos y deberes de los ciudadanos” (artículos 30 a 38). Más allá del hecho que sólo sean derechos fundamentales

³⁸ ALEXY, Robert. *Sobre el desarrollo de los derechos humanos y fundamentales en Alemania*. DC 11, Tübingen, 2002, p. 13.



los consagrados en la sección 1^a o que también sean derechos fundamentales los recogidos en la sección 2^a³⁹, lo cierto es que en el ordenamiento constitucional español no todos los derechos son fundamentales. Más aún cuando tal *fundamentalidad* tiene por consecuencia la especial protección que la misma norma constitucional les prevé.

En efecto, en el artículo 51 CE se prevén diferentes niveles de protección de los derechos, lo que lleva a afirmar la existencia de grupos de derechos con importancia según el grado de protección que les haya previsto la norma constitucional española. En el inciso 1 del mencionado artículo 51 CE, se recogen dos garantías constitucionales que están previstas para la defensa de sólo los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del Título I, ya sea en la 1^a como en la 2^a sección. La primera de esas garantías es el establecer que estos derechos y libertades vinculan a todos los poderes públicos; y la segunda es la llamada garantía del “contenido esencial” de los derechos fundamentales.

Pero además, en el inciso 2 del mencionado artículo constitucional se prevé una protección adicional y especial exclusivamente destinada para los derechos recogidos en la mencionada sección 1^a. Sólo para la protección de los derechos recogidos en esa sección y para el derecho a la igualdad (artículo 14 CE) y el derecho a la objeción de conciencia (artículo 30 CE), se ha previsto un procedimiento ante los Tribunales ordinarios basados en los principios de preferencia y sumariedad, y ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo.

Esta distinta protección prevista por la norma constitucional española, hace que no sea indiferente hablar de derechos constitucionales y de derechos fundamentales, pues sólo para éstos se ha previsto una especial protección judicial (el proceso preferente y sumario) y a una protección constitucional (el recurso de amparo). Esta especial protección no se ha previsto para los demás derechos constitucionales como el derecho a contraer matrimonio (artículo 32.1 CE), el derecho a la propiedad y a la herencia (artículo 33.1 CE), el derecho de fundación (artículo 34.1 CE), sólo por citar algunos ejemplos. Y ya que no decir de derechos como a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), el derecho a la cultura (artículo 44 CE), el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de las personas (artículo 45.1 CE), entre otros que ni tan siquiera son reconocidos como derechos subjetivos, sino como simples principios jurídicos que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (artículo 53.3 CE)⁴⁰.

³⁹ Así por ejemplo, Pérez Tremps es de la opinión que “no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales (...) [S]ólo los derechos consagrados en los arts. 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales”. PÉREZ TREMP, Pablo. *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 143.

⁴⁰ Así dispone el artículo 53.1 CE: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1^a del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a

VI. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO PERUANO

1. *¿Distintas expresiones distintas realidades?*

La cuestión que ahora procede plantear es si se manifiesta y cómo se manifiesta, la utilidad de distinguir entre *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales* en el concreto ordenamiento constitucional peruano. La respuesta a esta cuestión debe empezar haciendo notar que en el texto de la Constitución peruana aparecen empleadas las expresiones “derechos humanos”⁴¹, “derechos fundamentales”⁴² y “derechos constitucionales”⁴³. Esta circunstancia haría pensar inicialmente en la posibilidad de que sean expresiones utilizadas para hacer referencia a objetos y realidades distintas y, consiguientemente, en la utilidad de distinguir los términos entre sí.

Sin embargo, esta primera impresión debe rápidamente ser descartada para inmediatamente después afirmar que en el ordenamiento constitucional peruano con las expresiones *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales* se hace referencia a una misma realidad, sin que exista nada jurídicamente relevante en su distinción, de manera que perfectamente se puede utilizar de modo indistinto uno u otro término. Y esto es así por el razonamiento que a continuación se formula.

2. *Derechos fundamentales y derechos constitucionales*

En lo que atañe a la expresión *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales* se debe partir de la aceptación de que todos los derechos contenidos en el texto constitucional peruano pueden ser denominados como *Derechos constitucionales*. Esta afirmación no necesita de mayor fundamentación ni justificación, pues a los derechos se les está calificando según el nombre de la norma que los contiene reconocidos: los derechos son derechos constitucionales porque están reconocidos en la Constitución.

Dicho esto, se debe advertir que el Capítulo I, del Título I de la Constitución peruana se denomina “Derechos fundamentales de la persona”. Esto indicaría que los derechos que en el mencionado capítulo se recogen, no son meramente derechos constitucionales, sino que tendrían una suerte de “fundamentalidad” que les atribuiría una especial significación. Esto los haría distintos –más importantes– que los restantes derechos constitucionales que no se recojan en el mencionado capítulo. De esta manera, parecería que la distinción entre

través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁴¹ Cfr. artículos 14, 44 y 56.1 CP. Así mismo la Cuarta disposición final y transitoria (DFT) de la CP.

⁴² Cfr. artículos 32, 74, 137.2, 139 y 149 CP. De hecho, el Capítulo I, del Título I de la CP se denomina “Derechos fundamentales de la persona”.

⁴³ Cfr. artículos 23, 137.1, 162 y 200 CP.



Derechos fundamentales y Derechos constitucionales sí es útil en el caso constitucional peruano. ¿Es esto realmente así?

El Capítulo I de la Constitución peruana está conformado por tres artículos. El artículo 1 CP contiene una importantísima pauta hermenéutica para interpretar todas las normas constitucionales en cuanto coloca a la persona humana como eje central de toda la realidad jurídico-social y política del Estado peruano: “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. El artículo 2 CP contiene en 24 incisos una lista de derechos de la persona, que serían precisamente los derechos constitucionales *fundamentales*, que se diferenciarían así con respecto a los demás derechos que referidos de la persona están recogidos en otras disposiciones constitucionales fuera de este Capítulo I.

Si en la Constitución peruana existe una lista de derechos calificados como fundamentales, y no son los únicos derechos que se reconocen en el texto de la Constitución, conviene preguntarse si en la Constitución peruana puede clasificarse los derechos en dos grupos: derechos constitucionales fundamentales y derechos simplemente constitucionales (que serían los no-fundamentales). Y si ello es posible, habría que determinar si esa agrupación de los derechos tiene alguna consecuencia jurídica.

A) ¿Grupos distintos de derechos?

En lo que respecta a lo primero no puede considerarse que el Constituyente peruano haya clasificado a los derechos de la persona en dos grupos. Si se pretendiese plantear que sí habrá la necesidad de establecer el criterio diferenciador. Ese criterio sería la mayor *fundamentalidad* que habría en los derechos recogidos en el artículo 2 CP. Sin embargo, de una lectura rápida del texto constitucional, se puede advertir que no todos los derechos recogidos en el mencionado artículo constitucional tienen por igual esa supuesta mayor *fundamentalidad* como la tienen derechos como el derecho de toda persona a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (artículo 2.1 CP); o el derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada (artículo 2.3 CP).

Así lo demuestran derechos como el derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente (artículo 2.20 CP); o el derecho a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso (artículo 2.22 CP). Si hay que establecer un grupo de derechos constitucionales *fundamentales* estos dos ejemplos de derechos parecerían sobrar como integrantes de tal grupo.

Pero se puede agregar que no existe esa clasificación de los derechos constitucionales según su *fundamentalidad* en fundamentales y no fundamentales porque incluso dentro de la lista de los supuestos derechos no-fundamentales se recogen derechos que han sido recogidos antes dentro del artículo 2 CP como derechos fundamentales. Es el caso, por ejemplo, del derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes (artículo 31 CP). Este derecho, que se recoge dentro del Capítulo III del Título I (“De los Derechos políticos y de los deberes”), había sido ya recogido en el Capítulo I del mismo

Título I, al momento en el que se dispuso que toda persona tiene derecho 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” (artículo 2.17 CP).

Y por si pudiese quedar aún alguna duda sobre esto, se tiene lo dispuesto en el artículo 3 CP, en cuya primera parte se ha establecido que “[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza”. En buena cuenta, lo que se dispone es que el hecho que se hayan reunido en una lista una serie de derechos de la persona y se haya denominado el capítulo en la que se contiene como “Derechos fundamentales de la persona”, no significa que esos sean los únicos derechos de la persona válidos en el ordenamiento constitucional peruano. Por el contrario, significa que aquellos otros derechos de la persona que estén recogidos en otras disposiciones del texto constitucional valen tanto como los recogidos dentro del artículo 2 CP. Es decir, que la lista de derechos que se recoge en el mencionado artículo 2 CP no es una lista cerrada, sino más bien una lista enunciativa y abierta de derechos constitucionales.

La vigencia de los derechos de ésta lista no puede suponer la *exclusión* de los derechos constitucionales recogidos fuera del artículo 2 CP. Fuera de este artículo existen reconocidos derechos de la persona que tienen la misma validez y eficacia que los recogidos en esa disposición. Si no fuese así, sería posible que la vigencia y ejercicio de algún derecho fundamental pudiese suponer la exclusión el ejercicio de un supuesto derecho no-fundamental. Por lo tanto, una de las consecuencias que trae consigo el artículo 3 CP es la equiparación de los derechos recogidos en la Constitución en un solo gran grupo: los derechos constitucionales⁴⁴.

B) Un mismo nivel de protección constitucional

Y para mayor abundamiento se tiene el hecho de que los mecanismos de protección son los mismos para todos los derechos reconocidos constitucionalmente, al margen de una supuesta división entre fundamentales y no-fundamentales. ¿Qué sentido tiene dividir los derechos constitucionales en fundamentales y no-fundamentales si se les da a todos ellos el mismo nivel de protección? Ninguno, parece, al menos ninguno con relevancia jurídica.

El constituyente peruano ha previsto unos mismos instrumentos de protección para todos los derechos constitucionales. En la Constitución peruana no sólo existen disposiciones que indican una misma eficacia de todos los derechos de la persona que ella recoge (el artículo 3 CP ya mencionado, o el artículo 45 CP cuando dispone que el poder emana del pueblo y debe ejercerse con respecto a la Constitución y, por tanto, con respeto a todos los derechos recogidos a lo largo de todas sus disposiciones). En la referida Norma

⁴⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Algunas consideraciones sobre los derechos de la persona en la norma constitucional peruana*. Revista Jurídica del Perú 53, 2003, ps. 15-19.



fundamental también se ha previsto la existencia de una serie de mecanismos de protección jurídica de los derechos constitucionales.

En el Título V de la Constitución peruana, que se denomina “De las garantías constitucionales” se recogen tres garantías constitucionales –el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data– que a diferencia de las restantes garantías –la acción de inconstitucionalidad, acción popular y acción de cumplimiento– tienen por finalidad directa la protección de los derechos constitucionalmente reconocidos⁴⁵.

En efecto, la Constitución peruana recoge tres garantías constitucionales dirigidas a proteger derechos constitucionales: el hábeas corpus para la protección de la libertad individual y de los derechos constitucionales conexos a la libertad (artículo 200.1 CP); el hábeas data para proteger los derechos recogidos en los incisos 5 y 6 del artículo 2 CP, es decir, el derecho de acceso a información pública y el derecho de autodeterminación informática (artículo 200.3 CP); y el amparo para la protección de los demás derechos constitucionales (artículo 200.2 CP).

Los tres instrumentos de protección son igualmente eficaces y persiguen la misma finalidad: todos ellos proceden frente a la amenaza o violación efectiva de un derecho constitucional, que por acción u omisión haya cometido un particular o cualquier funcionario público, con la finalidad de proteger el derecho constitucional, “reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional” (artículo 1 CPC).

Alguna variación en lo referido a la sumariedad del trámite en el proceso constitucional puede advertirse en la norma procesal constitucional. En el hábeas corpus está vigente el principio de informalidad⁴⁶ y los plazos procesales son más cortos (artículos 30–36 CPC) que en el amparo o en el hábeas data. Sin embargo, esta variación no es significativa de modo que no permite afirmar que un procedimiento constitucional como el hábeas corpus es más eficaz que otro como la garantía del amparo y, por ello, los derechos que protege aquel serían jerárquicamente superiores (más fundamentales) que los derechos que protege el amparo.

Si, por ejemplo, se afirmase que los derechos que protege el hábeas corpus están por encima de derechos constitucionales que protege el amparo; se tendría que admitir que el derecho a la libertad está por encima del derecho a la vida. Y si se trata de distinguir grados de *fundamentalidad* en los derechos constitucionales habrá que reconocer al derecho a la vida el grado máximo. Si la libertad no puede estar por encima de la vida en cuanto a su *fundamentalidad*, no puede decirse que el proceso de hábeas corpus sea esencialmente más eficaz que el proceso de amparo como garantía constitucional.

⁴⁵ Todas las garantías constitucionales persiguen la vigencia de la Constitución como norma jurídica y fundamental que es. Sin embargo hay algunas garantías constitucionales –las tres mencionadas anteriormente– que directamente persiguen la defensa de derechos constitucionales, e indirectamente la vigencia de la Constitución. Al respecto cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Universidad de Piura – ARA editores, Lima 2004, ps. 79–81.

⁴⁶ Idem, ps. 397–402.

De modo que el hecho de haberse previsto tres mecanismos de protección de los derechos constitucionales no ha sido debido a que el objeto de protección tiene diversos grados de *fundamentalidad* de modo que habrán unos derechos por encima de otros. Los derechos son constitucionales y esa es la única condición exigida para ser objeto de alguna de las tres garantías constitucionales. Estas garantías han sido previstas en función de un criterio de especialidad: el proceso previsto para la defensa de la libertad (hábeas corpus) – muy ligada con asuntos penales– no tiene las mismas exigencias o características que el proceso de hábeas data muy vinculado a cuestiones informáticas.

Por lo tanto, las garantías constitucionales son igualmente expeditivas en la defensa de derechos constitucionales. Si se ha previsto más de una, no es para ofrecer una supuesta mejor protección a unos derechos fundamentales en detrimento de otros derechos no-fundamentales, sino que se ha previsto simplemente por un estricto criterio de especialidad. Ya que no es posible establecer niveles distintos de protección constitucional –tal y como ocurre en el caso español, por ejemplo– entonces queda confirmado que existe un único grupo de derechos: los derechos constitucionales.

C) Expresiones que aluden a una misma realidad

Por lo que se lleva dicho se puede argumentar el uso indistinto de las expresiones Derechos fundamentales y de Derechos constitucionales. Para el caso peruano, con una y otra expresión la referencia es siempre a una misma realidad: los derechos de la persona en cuanto persona que han sido reconocidos en la norma constitucional. No existen dos grupos distintos de derechos de manera que no se hace necesario el uso diferenciado de una u otra expresión. Los derechos recogidos en la Constitución peruana son un único grupo y pueden correctamente ser denominados como *Derechos constitucionales*.

Ese mismo grupo de derechos igualmente puede ser denominado como *Derechos fundamentales*. Se ha estudiado que el Capítulo I del Título I de la Constitución se denomina “Derechos fundamentales de las personas”. Si se decide emplear la expresión *Derechos fundamentales* porque así la utiliza el texto constitucional, su empleo no puede quedar limitado sólo a los derechos que se recogen en la larga lista del artículo 2 CP. Esa misma expresión debe ser empleada para cuando se haga referencia a otros derechos de la persona recogidos fuera del mencionado artículo constitucional.

Y esto debe ser así porque –como ya se argumentó– no existen dos grupos de derechos sino uno sólo al interior de la norma constitucional; y porque el artículo 3 CP permite –exige– extender la *fundamentalidad* de los derechos del artículo 2 CP a los restantes derechos de la persona recogida a lo largo del texto constitucional. Si la enumeración de los derechos del artículo 2 CP “no excluye los demás derechos que la Constitución garantiza”, significa que esos derechos fundamentales son fundamentales sin perjuicio de que los demás derechos sean también considerados –y denominados– como derechos fundamentales.



Por tanto, todos los derechos recogidos en la constitución tienen un mismo reconocimiento y un mismo nivel de protección constitucional. Sea cual fuese la expresión empleada para designarlos –*Derechos fundamentales* o *Derechos constitucionales*– lo cierto es que todos ellos deben ser denominados con la misma expresión.

D) Conveniencia en el empleo de la expresión Derechos constitucionales

No obstante lo dicho puede ser matizado de la siguiente manera. Si bien es cierto para referirse a los derechos de la persona en cuanto persona puede emplearse indistintamente la expresión *Derechos fundamentales* o *Derechos constitucionales* en el ordenamiento constitucional peruano, no es menos cierto que existen algunas buenas razones que llevan a advertir la conveniencia de una expresión antes que la otra.

Para el caso peruano hay razones que abogan por la conveniencia en el empleo de la expresión *Derechos constitucionales* antes que *Derechos fundamentales*. La primera de las mencionadas expresiones es bastante pacífica en la medida que –como ya se ha mencionado anteriormente– los derechos son denominados según el nombre de la norma que los reconoce. Esta sencillez que implica la denominación es participada igualmente por el concepto que de derechos constitucionales puede darse: son derechos constitucionales aquellos derechos que tiene atribuida la persona por ser persona y que han alcanzado reconocimiento en la norma constitucional. Sencillez que se extiende también a la tarea de establecer cuales son los derechos de la persona: son derechos constitucionales aquellos derechos que expresa o tácitamente hayan sido recogidos y protegidos por ser considerados por el constituyente como manifestación de la naturaleza y dignidad humanas y que requieren de protección y promoción a fin de alcanzar el desarrollo pleno de la persona humana, fin último del Estado (artículo 1 CP). Se debe advertir desde ya, que esta mayor sencillez no significa la desaparición de toda dificultad para establecer cuales son los derechos constitucionales en el ordenamiento peruano en un momento histórico concreto por existir los derechos constitucionales implícitos.

Podrá contestarse a este argumento de conveniencia que la visión constitucional de los derechos de la persona se circunscribe a los parámetros de una concepción positivista del Derecho y de los derechos de la persona con las grandes deficiencias no sólo para *lo jurídico* que de ahí se desprenden, sino también para un verdadero y pleno desarrollo de la persona humana.

Sin embargo, este riesgo de armar un sistema de derechos de la persona sometido a las debilidades e incongruencias de un pensamiento estrictamente positivo no es realmente tal. Y no lo es porque son derechos constitucionales no sólo los recogidos expresamente en la norma constitucional, sino también aquellas otras realidades, exigencias o facultades que son de naturaleza semejante a aquellas que han sido recogidas expresamente como derechos constitucionales de la persona; es decir, aquellas que brotan de la naturaleza –y consiguiente dignidad– de la persona.

El artículo 3 CP, a cuya primera parte ya se hizo alusión anteriormente, establece que “[l]a 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”.

Esta disposición constitucional no sólo trae consigo el principio de equiparación de los derechos constitucionales al cual ya se hacía referencia anteriormente, sino que además permite afirmar que en el ordenamiento constitucional peruano los derechos constitucionales no son sólo derechos constitucionales –o fundamentales, según se opte– los expresamente recogidos en la literalidad del texto constitucional, sino que también forman parte del orden constitucional peruano los derechos constitucionales implícitos.

Más allá del acierto o no en el que incurre el constituyente peruano al momento de especificar los principios sobre los cuales se ha de basar el reconocimiento –y consecuente protección– de los derechos constitucionales implícitos⁴⁷, se ha reconocido que el Derecho y con él los derechos constitucionales, no se agota en la mera literalidad de la norma constitucional, sino que por encima de ella existen una naturaleza humana que supone una dignidad de donde brotan una serie de exigencias y facultades que existen al margen de la positivación o no de las mismas.

Incluso el artículo 3 CP permite otorgar juricidad a las exigencias de la dignidad del hombre que no hayan sido positivadas en el ordenamiento constitucional peruano. Es decir, permite que aún sin estar reconocidas expresamente puedan ser invocadas antes los Tribunales como verdaderos derechos en la medida que se desprenden del principal criterio para definir un derecho no positivado como derecho constitucional: la dignidad del hombre. Por lo que incluso puede afirmarse que no es erróneo considerar que el Constituyente peruano contaba con una visión iusnaturalista del Derecho y de los derechos constitucionales, entendiendo la expresión “iusnaturalista” en sentido lato, sin identificarla con algún tipo de iusnaturalismo concreto.

Para desacreditar esta afirmación no vale aquí decir que incluso los derechos constitucionales implícitos son derechos constitucionales positivados en la medida que es el constituyente quien a través del artículo 3 CP ha previsto su existencia y su exigibilidad como verdaderos derechos, en la medida que con una disposición de esa naturaleza se estaría “positivando los derechos constitucionales implícitos”. Y no sirve porque conscientemente o no lo cierto es que se ha reconocido que existe una realidad –la persona como criatura con una dignidad y que es fin del Estado– que está por encima de lo que en un momento concreto se pueda poner de manifiesto de modo expreso (artículo 1 CP).

⁴⁷ Así, no parece ser que el principio de la “forma republicana de gobierno” sirva como base para establecer derechos de la persona en tanto que persona. Los derechos de la persona se formulan y garantizan al margen de que el Estado sea una monarquía o una república. De hecho, en algunos países monárquicos la sensibilidad por el reconocimiento y defensa de los derechos de la persona es mayor que en otros republicanos. A no ser que el predicar la forma republicana del gobierno y no del Estado, el Constituyente peruano haya querido caracterizar una forma de gobierno interesado por el hombre, lo cual ya estaría abarcado por el principio de dignidad del hombre y del principio del estado democrático de derecho.



Por tanto, se puede afirmar que la expresión *Derechos constitucionales* conviene emplearla en la medida que simplifica la definición y la determinación de los derechos de la persona en el ordenamiento constitucional peruano, evitando que toda la realidad de los derechos constitucionales quede absorbida por una realidad estrictamente positivista.

Pero hay un argumento más de conveniencia en el empleo de la expresión *Derechos constitucionales* antes que la expresión *Derechos fundamentales*. Y esta es la equívocidad que para el sistema constitucional peruano significa el empleo de la segunda de las mencionadas expresiones. En efecto, a diferencia de lo que puede ocurrir en los sistemas constitucionales de Alemania y España en los que antes que de derechos constitucionales es preferible hablar de derechos fundamentales, en el caso del sistema peruano si bien con la expresión *Derechos constitucionales* se significa lo mismo que con la expresión *Derechos fundamentales*, es más conveniente optar por la primera de ellas porque el empleo de la segunda aludiría aún indirecta e inconscientemente a un sistema formado por dos grupos de derechos: los derechos constitucionales fundamentales y los derechos constitucionales no-fundamentales o sencillamente derechos constitucionales, en el cual los primeros estarían por encima de los segundos. Y el sistema peruano –como ya se tuvo oportunidad de argumentar– sólo tiene un gran grupo de derechos y todo él es reconocido y garantizado en la Constitución como una sola unidad.

De modo que es más conveniente hablar de *Derechos constitucionales* porque es una expresión que da la idea de equiparación de los derechos de la persona: si todos los derechos son constitucionales, entonces queda descartada la idea que entre ellos exista algún tipo de jerarquía o preferencia; idea que –como ya se advirtió– aparece indefectiblemente si se emplease la expresión *Derechos fundamentales*.

3. Significado de la expresión *Derechos humanos*

Corresponde ahora intentar averiguar si el constituyente peruano emplea la expresión *Derechos humanos* para aludir a una realidad distinta a la que se alude con la expresión *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales*. Como se recordará, el primer plano de distinción entre *Derechos humanos* y *Derechos fundamentales* al que se aludió anteriormente, distinguía una expresión y otra no por el objeto al que hacía referencia, sino al nivel internacional o nacional de positivación. Es decir, con la expresión *Derechos humanos* y con la expresión *Derechos fundamentales* se hacía referencia a los derechos de la persona reconocidos internacionalmente en los tratados o pactos, y a los mismos derechos recogidos y vigentes en el ordenamiento nacional, respectivamente.

Si con ambas expresiones se alude a una misma realidad ontológica, resta por saber si en el caso peruano se puede hacer una distinción tajante entre el ámbito internacional y el ámbito nacional de los derechos de la persona o, si por el contrario, existen puntos de contacto que hagan de unos y otros una misma y única realidad jurídica. Si ocurre lo primero, entonces cuando se hable de los derechos de la persona en el ámbito jurídico peruano se hará necesario el empleo diferenciado de la expresión *Derechos humanos* y *Derechos Fundamentales* o *Derechos constitucionales* porque la regulación jurídica de un derecho de la persona en el nivel internacional no necesariamente será la misma que en el

nivel interno, es decir, que una y otra correrán como dos caminos paralelos. Sin embargo, si ocurre lo segundo, será indistinto emplear la expresión *Derechos humanos* o *Derechos fundamentales* o *Derechos constitucionales* para aludir a una misma realidad jurídica.

Con lo cual la cuestión pasa a plantearse de la siguiente manera: ¿son dos sistemas distintos y paralelos el sistema internacional de derechos de la persona y el sistema nacional en el ordenamiento jurídico peruano? Para dar respuesta a esta nueva cuestión se debe reparar en dos disposiciones constitucionales. La primera de ellas es el artículo 55 CP, en la que se dispone que “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Consecuentemente, también forman parte del derecho nacional peruano los tratados sobre derechos humanos, a los que hace referencia el artículo 56.1 CP. Esto significa que –para lo que se refiere al caso peruano– los *Derechos humanos* forman parte del ordenamiento jurídico interno. No existe una separación entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho nacional de los derechos humanos. El primero forma parte del ordenamiento constitucional peruano; o dicho con otras palabras, éste ha absorbido al primero y forman juntos un único gran sistema de derechos de la persona.

La segunda disposición constitucional en la que hay que reparar es la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana, la cual establece que “[l]as normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Esta disposición constitucional no sólo viene a confirmar lo que ya se advertía del artículo antes comentado, sino que además viene a clarificarlo al momento en que circunscribe la cuestión a los derechos de la persona. Si con el artículo 55 CP se hacía referencia a los tratados en general, es decir al derecho internacional como bloque; con la Cuarta disposición final que ahora se ha citado se hace referencia a una parte de esos tratados –y de ese Derecho internacional–: sólo a los referidos a los derechos de la persona.

Si los derechos reconocidos en la Constitución peruana deben interpretarse según las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, lo que en definitiva terminará ocurriendo es una suerte de trasvase de contenido y significación de éstas hacia aquellas, con lo cual ambas categorías terminarían equiparándose. En el ordenamiento constitucional peruano no puede interpretarse la significación jurídica concreta de un determinado derecho de la persona al margen de lo que la norma internacional sobre ese derecho de la persona haya dispuesto. Es decir, que el contenido constitucional de los derechos de la persona en el sistema peruano se define tomando en consideración tanto la norma constitucional como la norma internacional.

No existe una separación entre lo que dispone uno y otro, sino que lo que se exige es una interpretación integradora y armónica entre la norma nacional y la norma internacional de



modo que se evite cualquier tipo de antonimia. El derecho de los derechos de la persona es uno sólo, no son dos sistemas paralelos e incommunicados. Así, es posible encontrar afirmaciones del Tribunal Constitucional (TC) como aquella en la que estableció que “en materia de derechos fundamentales, las normas que los reconocen, regulan o limitan deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos. Aquel criterio de interpretación de los derechos no sólo es una exigencia que se deriva directamente de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sino también del hecho de que los tratados, una vez ratificados por el Estado peruano, forman parte del derecho nacional”⁴⁸.

Inclusive, según estas disposiciones constitucionales, los derechos humanos son tan derechos fundamentales o derechos constitucionales que es perfectamente posible la *aplicación directa e inmediata* de las disposiciones que sobre derechos humanos se dispongan en los distintos tratados o convenios internacionales obligatorios para el Estado peruano. El Tribunal Constitucional luego de recordar lo dispuesto en el artículo 55 CP y en la Cuarta disposición final y transitoria de la CP, afirmó que “[e]n este orden de consideraciones, debe precisarse que el Tribunal Constitucional entiende que, en nuestro ordenamiento jurídico, el denominado *derecho internacional de los derechos humanos* posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, en tanto los tratados que lo componen, como cualquier otro, ‘forman parte del derecho nacional’ (artículo 55.º, Constitución); así como fuerza interpretativa, en cuanto los derechos reconocidos por la Constitución deben interpretarse ‘de conformidad’ o ‘dentro del contexto general’ (artículo 15.º de la Ley N.º 25398) de dichas fuentes internacionales. Desde luego, en el presente caso, el Tribunal Constitucional aplica la citada disposición de la Convención Americana de manera directa, a título de derecho directamente aplicable”⁴⁹.

4. *Uso indistinto de las expresiones Derechos humanos, Derechos Fundamentales y Derechos constitucionales*

A) En la Constitución peruana

Por lo que se ha argumentado anteriormente, ambas disposiciones constitucionales⁵⁰ –el artículo 55 y la Cuarta disposición final y transitoria– permiten afirmar que es innecesaria la distinción entre los derechos reconocidos y vigentes en el ordenamiento jurídico internacional (los denominados *Derechos humanos*), y todos los derechos que son reconocidos en el texto constitucional peruano (*Derechos fundamentales* o *Derechos constitucionales*).

⁴⁸ Exp. 1230–2002–HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 8.

⁴⁹ Exp. 1268–2001–HC/TC, de 08 de abril de 2002, f. j. 2.

⁵⁰ La segunda de las mencionadas disposiciones (la Cuarta DFT) tiene incluso un valor adicional en tanto termina por asimilar derechos constitucionales con derechos fundamentales al referir a ambos por igual con la frase “derechos y libertades que la Constitución reconoce”.

Ya no sólo porque los derechos reconocidos en los tratados y convenciones internacionales firmados por el Estado peruano, forman parte del derecho interno según el citado artículo 55 CP; sino también porque se ubican –aunque de modo indirecto pero igualmente eficaz, al menos a efectos de su reconocimiento y garantía– en el mismo texto constitucional. Esta localización en el sistema jurídico interno de los derechos de la persona reconocidos internacionalmente ocurre tanto a través de la modalidad de derechos constitucionales implícitos según el artículo 3 CP, como a través de esa suerte de trasvase de contenido jurídico al que se aludía anteriormente entre los derechos reconocidos en el texto constitucional y los reconocidos en la norma internacional. La primera modalidad ocurrirá en el supuesto que un derecho que no habiendo sido recogido expresamente en el texto constitucional, sí ha sido recogido en un texto internacional o en una jurisprudencia internacional vinculante para el Estado peruano. La segunda modalidad ocurrirá cuando un derecho de la persona ha sido recogido expresamente en la Constitución peruana y a su vez en el texto internacional vinculante para el Estado peruano.

Derechos humanos, Derechos fundamentales y Derechos constitucionales son expresiones que en el ordenamiento jurídico peruano pueden emplearse indistintamente para referir a los derechos de la persona en cuanto persona y al margen de supuestos grados de fundamentalidad y del nivel internacional o sólo nacional en el que ocurre el reconocimiento jurídico. Esto significa que, por ejemplo, para cuando se hable de la libertad de expresión, es indistinto –para el caso peruano– llamarle derecho humano, derecho fundamental o derecho constitucional. No se amplía, ni restringe, ni cambia de significación el contenido constitucionalmente exigible por este derecho, por denominarlo de una u otra manera porque igualmente ese contenido se definirá –entre otros elementos– por lo que dispongan tanto la norma constitucional como la norma internacional obligatoria para el Perú.

B) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

No se puede finalizar estas reflexiones acerca del empleo de las expresiones *Derechos humanos, Derechos fundamentales y Derechos constitucionales* en el sistema constitucional peruano sin hacer al menos una breve referencia a su empleo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este Supremo intérprete de la Constitución también ha utilizado de modo indistinto las expresiones que ahora se comentan. Así por ejemplo, hablando de la eficacia entre privados de los derechos constitucionales, y en lo que se refiere a la expresión *Derechos constitucionales y Derechos fundamentales*, el Tribunal Constitucional ha utilizado de modo equivalente uno y otro término: “[e]sta condición de *los derechos fundamentales* y su eficacia directa en las relaciones entre privados, entre nosotros, no es solamente la proclamación de un postulado retórico sin aplicación práctica, sino un postulado perfectamente accionable, en el plano jurisdiccional,



ante su incumplimiento o trasgresión. (...). *Los derechos constitucionales*, como antes se ha dicho, deben respetarse en las relaciones entre particulares”⁵¹.

Del mismo modo, y sólo a título de ejemplo, en lo referido a las expresiones *Derechos fundamentales* y *Derechos humanos*, el Tribunal Constitucional tiene declarado –en una sentencia de materia laboral– que “el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados *derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos*”⁵².

5. Distinción relevante

Lo que sí es relevante en el ordenamiento jurídico peruano es distinguir entre los derechos recogidos en la Constitución peruana (*Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* o *Derechos constitucionales*) y los derechos que han sido creados por la ley o un reglamento (*Derechos infra-constitucionales* o *Derechos legales*). La relevancia y utilidad de esta distinción radica precisamente en que el sistema de protección jurídica es distinta en uno u otro caso, pues la protección judicial rápida, sumaria y expeditiva prevista mediante las acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data, está reservada solamente para los derechos reconocidos en el texto constitucional, más no para los derechos que tienen su origen en normas de inferior jerarquía normativa.

Todo lo argumentado hasta aquí habilita a que cuando se haga referencia al ordenamiento jurídico peruano se empleen indistintamente las expresiones *Derechos humanos*, *Derechos fundamentales* y *Derechos constitucionales* para hacer referencia a una misma realidad: los derechos de la persona en cuanto persona, es decir, que brotan de una naturaleza y consecuente dignidad. Sin embargo, y como ya se tuvo oportunidad de argumentar, cuando se trata del ordenamiento constitucional peruano será preferible el empleo de la expresión *Derechos constitucionales* antes que las otras dos, más aún cuando se está ante un estudio constitucional antes que filosófico de los derechos de la persona.

⁵¹ Exp. 0410–2002–AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 7. La cursiva es añadida.

⁵² Exp. 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 15. La cursiva es añadida.