



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Algunos comentarios sobre el llamado "Conflicto de Derechos", la persona como punto medio y una mirada a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al presunto conflicto de derechos

Tesis para optar el Título de
Abogado

Marly Yeraldyne Pacherras Arellano

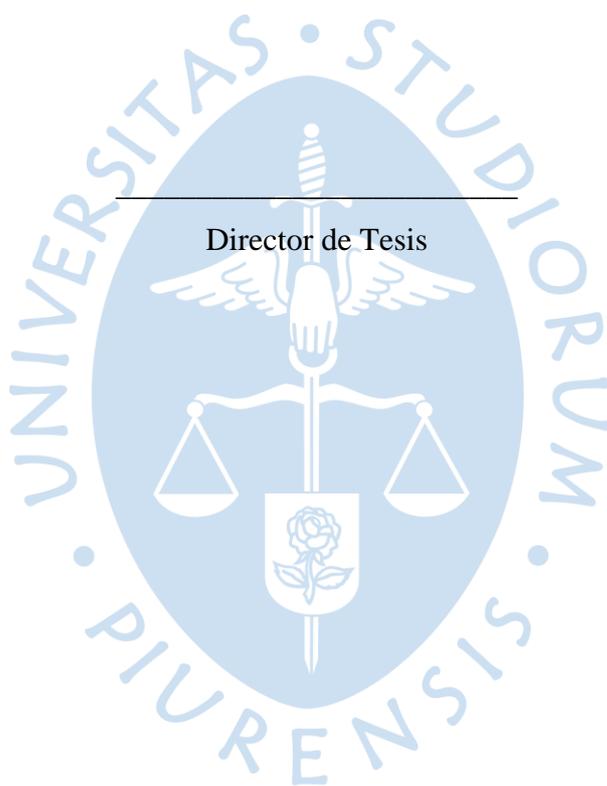
**Asesor(es):
Dr. Carlos Hakansson Nieto**

Piura, marzo de 2020



Aprobación

Tesis titulada “*Algunos comentarios sobre el llamado “Conflicto de Derechos”, la persona como punto medio y una mirada a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al presunto conflicto de derechos*” presentada por la bachiller Marly Yeraldine Pacherras Arellano en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Carlos Hakansson Nieto.



Director de Tesis



Agradecimientos

Agradezco a Dios, por permitirme contar con aquellas personas que han sido un apoyo constante en el desarrollo de mi tesis y a lo largo de mis estudios universitarios: Mis padres, María y Felipe, por su amor y esfuerzo diario; a mis hermanos, por cada momento juntos; a Cristhian, por su paciencia y amor durante tantos años; a Natty, por cada consejo y palabra de ánimo.

Agradezco a mi asesor de tesis, **Dr. Carlos Hakansson Nieto**, por todo el apoyo brindado, no sólo en la elaboración de mi tesis, sino durante mis años de carrera académica en la Universidad de Piura, y porque junto a los demás maestros, despertaron en mí, ese interés por los derechos humanos.

Gracias.





Resumen Analítico-Informativo

Algunos comentarios sobre el llamado “Conflicto de Derechos”, la persona como punto medio y una mirada a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al presunto conflicto de derechos.

Marly Yeraldyne Pacherras Arellano.

Asesor(es): Dr. Carlos Hakansson Nieto.

Tesis.

Abogado.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, marzo de 2020

Palabras claves: Derechos humanos / Derechos fundamentales / Derechos constitucionales / Conflictos entre derechos / Tribunal Constitucional Peruano / Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Introducción: Se trata de una tesis de grado en Derecho dirigida a estudiar e investigar la presunta colisión o conflicto entre dos o más derechos fundamentales, y si ante ese panorama es necesario e inevitable el sacrificio de un derecho por otro, o si es posible lograr una armonización entre los derechos que aparentemente constituyen un conflicto.

Metodología: La presente investigación en su primer capítulo realiza una descripción de los términos que forman la base del tema objeto de estudio, tales como derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, así como la determinación e interpretación de los derechos fundamentales y posterior delimitación de la concretización de los mismos. En la segunda parte, se analiza la real existencia de un conflicto entre dos o más derechos fundamentales y, las soluciones planteadas frente a dicho panorama conflictual. Finalmente, en el tercer capítulo, se lleva a cabo una pequeña exposición de Jurisprudencia nacional y supranacional a fin de examinar la postura que asume tanto nuestro Tribunal Constitucional Peruano como la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al presunto conflicto entre derechos fundamentales.

Resultados: La presente tesis de grado ha estudiado el presunto conflicto entre derechos fundamentales en base a una amplia bibliografía tanto de la Doctrina peruana como extranjera; pero sobre todo ha utilizado Jurisprudencia nacional y supranacional a fin de que se verifique los planteamientos asumidos por los órganos nacionales e internacionales en lo que respecta a un contexto conflictual entre los derechos fundamentales atribuidas a la persona humana.

Conclusiones: El trabajo de investigación argumenta en favor de la protección de los derechos fundamentales, pero partiendo del concepto de persona humana, pues, la doctrina que reconoce los conflictos entre derechos fundamentales, genera que los sujetos, titulares de derechos fundamentales, pretendan un ejercicio legítimo de los mismos, y que la convivencia humana resulte innecesariamente conflictivista; especialmente, si la persona puede ser realmente lo que es, alcanzar su desarrollo y perfeccionamiento pleno mediante la concretización que realmente le corresponde de sus derechos, sin querer ir más allá y respetando los derechos del resto de sus semejantes.

Fecha de elaboración del resumen: 01 de marzo de 2020

Analytical-Informative Summary

Algunos comentarios sobre el llamado “Conflicto de Derechos”, la persona como punto medio y una mirada a la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al presunto conflicto de derechos.

Marly Yeraldyne Pacherras Arellano.

Asesor(es): Dr. Carlos Hakansson Nieto.

Tesis

Abogado.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, marzo 2020.

Keywords: Human rights / Fundamental rights / Constitutional rights / Conflicts between rights / Peruvian Constitutional Court / Inter-American Court of Human Rights.

Introduction: This is a thesis of degree in Law aimed at studying and investigating the alleged collision or conflict between two or more fundamental rights, and if in that context it is necessary and inevitable the sacrifice of one right for another, or if it is possible to achieve a harmonization between the rights that apparently constitute a conflict.

Methodology: The present investigation in its first chapter makes a description of the terms that form the basis of the subject under study, such as human rights, fundamental rights and constitutional rights, as well as the determination and interpretation of fundamental rights and subsequent delimitation of the concretization of them. In the second part, we analyze the real existence of a conflict between two or more fundamental rights and, the solutions proposed in the face of said conflict scenario. Finally, in the third chapter, a small exposition of national and supranational jurisprudence is carried out in order to examine the position assumed by both our Peruvian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights regarding the alleged conflict between fundamental rights.

Results: The present thesis has studied the alleged conflict between fundamental rights based on an extensive bibliography of both the Peruvian and foreign Doctrine; but above all it has used national and supranational jurisprudence in order to verify the approaches assumed by national and international bodies regarding a conflictual context between the fundamental rights attributed to the human person.

Conclusions: He research paper argues in favor of the protection of fundamental rights, but based on the concept of the human person, then, the doctrine that recognizes the conflicts between fundamental rights, generates that the subjects, holders of fundamental rights, seek a legitimate exercise of the same, and that human coexistence is unnecessarily conflictivist; especially, if the person can really be what it is, achieve his full development and perfection through the realization that really corresponds to their rights, without wanting to go further and respecting the rights of the rest of his peers.

Summary date: March, 1st 2020.

Abreviaturas

AA	Acción de Amparo
AI	Acción de Inconstitucionalidad
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	Declaración Internacional de Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
HC	Habeas Corpus
HD	Habeas Data
OEA	Organización de los Estados Americanos
PSA	Procedimiento de solución amistosa
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
TC	Tribunal Constitucional
TCe	Tribunal Constitucional español
TCp	Tribunal Constitucional peruano

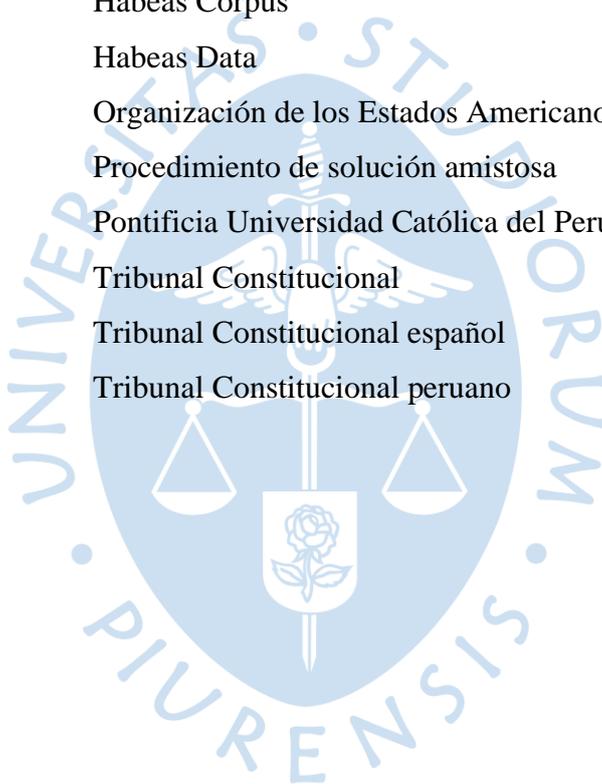




Tabla de contenido

Introducción	1
Capítulo 1 De los “Derechos fundamentales” y “Derechos constitucionales”	3
1. Sobre los términos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales.....	3
1.1. Derechos humanos.....	4
1.2. Derechos Fundamentales.....	6
1.3. Derechos constitucionales	8
2. Desde la perspectiva española y perspectiva peruana la determinación del contenido de los derechos fundamentales	10
2.1. Desde una perspectiva española.....	12
2.2. Desde la perspectiva peruana	15
3. En lo que respecta a la interpretación y posterior delimitación de los derechos fundamentales.....	18
Capítulo 2 Los denominados “Conflictos de derechos” y la persona como punto medio	23
1. ¿Existen los “conflictos entre derechos fundamentales”? ¿Es correcta dicha denominación?.....	23
2. Soluciones planteadas frente a los llamados “conflictos entre derechos”	32
2.1. Jerarquización de derechos fundamentales	32
2.2. Ponderación de derechos fundamentales.....	35
3. La persona como factor de solución adicional en los conflictos de derechos	41
Capítulo 3 Jurisprudencia nacional y supranacional sobre conflictos de derechos	47
1. Presentación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.....	47
2. Presentación de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	64
2.1. Estado de Costa Rica Vs. Fecundación In Vitro (“Derecho a la vida”)	66
2.2. Estado de Argentina Vs. Derecho a la libertad de expresión y otros.....	69
3. Un análisis a partir de la Jurisprudencia para brindar soluciones dirigidas a la armonización de derechos.....	73

Conclusiones	81
Bibliografía	85
Linkografía	87
Jurisprudencia citada	89



Introducción

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.”

Nelson Mandela.

Hoy en día existe una extensa influencia del Derecho constitucional hacía las demás ramas del Derecho, sea en el ámbito teórico como en el interpretativo, respecto de la normatividad, vigencia y plena eficacia de los dispositivos recogidos en la constitución; y sobremanera, en aquellos que reconocen y brindan protección a los derechos fundamentales. Pero, además, tenemos que, la mayoría de veces el Derecho Constitucional es utilizado por los seres humanos como blindaje frente a lo que ellos consideran una injusticia; por ello, escuchamos muy seguido la frase “estás vulnerando mi derecho” sin que, previamente, se haya determinado si existe o no, una afectación a algún derecho y que ésta, constituya lo que el hombre denomina: injusticia.

Es en ese sentido que, el objeto de estudio del presente trabajo, es el denominado “conflicto de derechos”, un tema que ha adquirido relevancia jurídica en la actualidad, en la medida que visualizamos a diario, esa protección jurídica de la gozan los derechos fundamentales de la persona. Es muy repetitivo, escuchar a nuestro alrededor, que un sujeto, titular de un derecho fundamental, en contacto con el resto de sus semejantes dentro de un grupo social, exija la efectiva concretización de su derecho; y ello, porque si bien el contenido de nuestras leyes y de nuestra constitución resulta ser o estar dirigido hacía una cosa, en la práctica y en la sociedad en la que nos desenvolvemos, la aplicación de cada dispositivos legal o constitucional, no brinda la protección que a los derechos de cada persona le corresponde.

La presente tesis, iniciará describiendo la diversidad de terminología utilizada, por la doctrina y la jurisprudencia – nacional o internacional, para referirse a un mismo concepto, a una misma realidad: los derechos de la persona, atribuidos a ella por su naturaleza misma: naturaleza humana. A su vez, resulta necesario estudiar, el contenido de cada uno de los derechos de la persona y el ejercicio que se lleva acabo de cada uno de ellos; teniendo en cuenta que lo que busca el sujeto es su desarrollo pleno, en la medida que obtenga la satisfacción de sus necesidades a través del ejercicio de cada uno de sus derechos. De ahí que, devenga en importante analizar no sólo la denominación que reciben los derechos (humanos, fundamentales, constitucionales, etc.); sino también, la delimitación del contenido de estos, que

efectúa el operador jurídico y que constituye la base para lograr la efectividad del ejercicio de los mismos.

Se abordará concretamente, la posible existencia o no de un “conflicto entre derechos”; es decir se determinará si dos derechos, realmente entran en colisión ocasionando que el ejercicio de uno traiga consigo la vulneración de otro; en ese sentido se expondrán frente a la tesis conflictivista, tesis que sí admite la real y concreta existencia de “conflictos entre derechos fundamentales”, aquellos criterios de solución que la doctrina plantea: “jerarquización” y “ponderación” de derechos.

Lo expuesto, nos brindará los fundamentos necesarios para plantear primero, una postura en lo que respecta a la real existencia de un conflicto entre derechos fundamentales; así como una salida diferente, renovada y más pacífica, ante un tema tan complejo como el denominado “conflicto ente derechos”; diferente de aquellas que terminan por lastimar, afectar, restringir e incluso anular un derecho fundamental. Esta solución adicional a las supuestas confrontaciones entre derechos tiene como eje o punto central: la persona humana, como aquella realidad en la que se funda todo ordenamiento jurídico, por ende, todo Estado y toda sociedad.

Finalmente, la presente investigación, abordará jurisprudencia nacional e internacional a fin de verificar, si nuestro máximo intérprete de la constitución, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), asumen o no una postura conflictivista; es decir, si admiten que los derechos de las personas se encuentren en constante conflicto; y de ser así, conocer la solución que les ha resultado más beneficiosa cuando les ha tocado resolver litigios en los que se encuentran confrontados, dos o más derechos humanos.

Todo ese análisis, nos brindará la posibilidad de evaluar si ante la presunta colisión de dos derechos fundamentales es necesario e inevitable el sacrificio de un derecho por otro, o es que existe la posibilidad de lograr una armonización entre los derechos que aparentemente constituyen un conflicto. De forma que, siendo efectiva la tutela jurisdiccional que se les brinda a los derechos fundamentales de las personas, resultará fácil que, los sujetos titulares de derechos, alcancen su pleno desarrollo, grados de perfeccionamiento y posteriormente, la felicidad.

Capítulo 1

De los “Derechos fundamentales” y “Derechos constitucionales”

1. Sobre los términos derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales

La teoría general de los derechos humanos necesita la debida atención, dado que no se trata sólo de la gama de derechos que una persona tiene atribuidos, precisamente por la condición de persona que ostenta, y que serán ejercidos en la medida que su desarrollo como tal lo exija; sino que se trata también de derechos que son recogidos por normas internas o nacionales así como por convenios, tratados y declaraciones internacionales con el fin de, a través de su regulación, establecer un orden político, lograr una convivencia social equilibrada, pero sobre todo, permitir el desarrollo pleno de la persona.

El reconocimiento que se le da a cada derecho a través de estas normas o instrumentos jurídicos - sean internacionales o nacionales - ha generado que un mismo derecho reciba diferentes denominaciones. En virtud de ello, se ha generalizado la idea que el término derechos fundamentales, derechos humanos y derechos constitucionales aluden a un mismo concepto; al respecto, el Profesor Pereira Menaut sostiene que “[l]a cuestión de su denominación – humanos, fundamentales, naturales – es poco relevante, pues, (...) en el uso general no parece haber una clara distinción. Da la impresión de que las especificaciones se deben, sobre todo, al punto de vista del observador. Parece que la denominación humanos, naturales o fundamentales se refiere a una dimensión más profunda y no siempre política, mientras que, por el contrario, no todos los constitucionales parecen ser absolutamente esenciales para el desarrollo de la personalidad humana”¹.

Si bien, podríamos tener la primera impresión de que las expresiones “derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales” recogen un concepto distinto, lo cierto es que, según la doctrina – nacional e internacional - todas ellas hacen referencia a una misma realidad; sin perjuicio de que, cada una de ellas implique circunstancias o elementos específicos de la misma. El Profesor Castillo Córdova afirma que una definición de los derechos humanos es que son aquellos derechos del hombre por ser hombre; y esto hace imposible que podamos hablar de derechos humanos al margen del sujeto respecto del cual se predica: el hombre o la persona humana². De modo que, aplicando ese análisis a las restantes terminologías: derechos

¹ PEREIRA, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Lima: Palestra Editores. P. 422.

² CASTILLO, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra editores. P. 30.

humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales refieren un mismo objeto, el sujeto del que derivan: la persona. Cabe indicar que cada expresión trae consigo las particularidades del ámbito – jurídico o territorial - en que son utilizadas.

1.1. Derechos humanos. Los derechos humanos, según Castillo Córdova, pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho a fin de permitir a la persona alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logre satisfacer necesidades o exigencias propia y efectivamente humanas³.

Según la doctrina del derecho, la naturaleza humana, fundamento para la atribución y reconocimiento de los derechos humanos, es una realidad compleja que tiende a la perfección; pero, ¿en qué radica esa complejidad? La respuesta la encontramos en la pluridimensionalidad de la persona, pues su manifestación y/o desenvolvimiento como tal se da en una variedad de ámbitos: material, espiritual, individual y social, los mismos que aun cuando son distintos también son complementarios entre sí⁴.

Cuando hablamos de la complejidad de la persona humana, nos referimos a que en cada una de sus dimensiones la naturaleza del ser humano requiere que una serie de necesidades sean satisfechas a fin de que, poco a poco, la persona alcance cuotas de perfeccionamiento y posterior desarrollo pleno (individual y social). Como consecuencia de lo anterior, surge lo que se conoce como bienes humanos, pues estos le serán atribuidos al sujeto a fin de que satisfaga las exigencias humanas que brotan de su misma naturaleza; además, conviene advertir que, el reconocimiento de los cuatro ámbitos en los que se desenvuelve la persona es más por un tema didáctico, pues ello de ningún modo significa que la persona no sea una esencial y radical unidad⁵. Para la doctrina resulta importante, aclarar esa radical unidad que implica la persona humana, porque en virtud de ello, de dicha naturaleza, no podrán derivarse necesidades que sean contrarias entre sí; de presentarse el caso no estaríamos hablando realmente de una exigencia humana y, por ende, aquella no requiere realmente de un bien humano - jurídico para lograr su satisfacción.

En cuanto la persona, es un ser que, para desarrollarse como tal, requiere satisfacer una serie de necesidades que se desprenden de cada una de las dimensiones que la conforman y que hacen necesaria la atribución de una serie de bienes humanos para que, en la medida de satisfacción de estas necesidades la persona pueda alcanzar ciertos niveles de perfeccionamiento; el Derecho

³ *Ibíd.*, p. 37.

⁴ *Ibíd.*, p. 30.

⁵ *Ibíd.*, pp. 33-35.

ha reconocido a favor de la persona, un conjunto de derechos humanos⁶. Tales derechos, en su reconocimiento a través de la norma – constitucional, reconocen aquellos bienes humanos que resultan exigibles desde la naturaleza humana, a fin de atender y satisfacer necesidades propiamente humanas.

Por lo general, la doctrina entiende que las normas, pactos, declaraciones, tratados o convenios internacionales usan la terminología “derechos humanos” para referirse aquellos derechos que le son atribuidos a todas las personas sin ningún tipo de diferenciación, sólo por el hecho de ser personas y con el único fin que las relaciones, o la convivencia entre ellas, se vea favorecida. Lo mismo sucede con Estados y sus distintas formas de gobierno: las normativas o fuentes del derecho de cada uno de ellos utilizan la expresión derechos humanos de forma general precisamente, para aludir a aquellos derechos inherentes a todos los hombres por su propia naturaleza humana, de ese modo estos derechos deberán ser reconocidos y protegidos por cada Estado independientemente de su forma de gobierno.

En concordancia a lo detallado en el párrafo anterior, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), señala que “[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna (...) fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”⁷. De forma que, en la relación del individuo con el poder del Estado, el primero se encuentra en una posición primordial y de preferencia, sin que la forma de gobierno de un país pueda intervenir de alguna forma en el reconocimiento, que hace la norma, a los derechos que le corresponden a la persona por su propia naturaleza y con miras a la satisfacción de sus necesidades; considerando bien utilizar la terminología más general de los derechos: “derechos humanos”.

Finalmente, parte de la doctrina sostiene que todas las disposiciones que conforman la DUDH, refleja la influencia realmente fuerte que la misma ejerce sobre el ordenamiento jurídico de cada país, pues, ha creado una unidad jurídica a nivel internacional, en la cual, esa protección integral y completa de la persona humana no se puede ver afectada por la normativa interna de un gobierno. Entonces, se puede afirmar que, la visión que se tiene de la validez y eficacia de las normas del ordenamiento jurídico interno de un país que, reconocen los derechos

⁶ El profesor Luis Castillo define el término “derechos humanos” como el conjunto de bienes humanos que han de ser reconocidos y garantizados por el Derecho, a favor de la persona; a fin de permitir a esta, alcanzar cuotas de perfección humana en la medida que logra satisfacer necesidades o exigencias propias y efectivamente humanas. *Ibíd.*, p. 37.

⁷ Artículo 02 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

humanos de la persona como bienes que se le brindan al hombre para su autorrealización y para el respeto de su dignidad humana, siempre irá acorde – y nunca será contraria – a lo que aquella norma internacional citada ha establecido⁸.

1.2. Derechos Fundamentales. En lo que respecta a la definición de derechos fundamentales, la doctrina nos ha proporcionado conceptos que, si bien nos ayudan a visualizar qué podemos entender por el término “derechos fundamentales”, no nos dicen qué son ni cuáles deberían ser éstos. En algunas definiciones, algunos autores, describen qué es lo que pueden ser o en todo caso lo que no pueden ser los derechos fundamentales. En otros casos, su conceptualización depende de las características y/o condiciones que los identifican como tales: 1. Imprescriptibilidad: derechos que, con el paso del tiempo, el titular de los mismos no los pierde, 2. Inalienabilidad: el titular del derecho no puede transferirlos a favor de otro titular, 3. Irrenunciabilidad: el sujeto no puede renunciar a la titularidad de sus derechos bajo ninguna justificación o en ningún caso específico, 4. Universalidad: los derechos fundamentales le son atribuibles a todos los hombres por igual, dado que todos participan o forman parte de la misma naturaleza⁹.

Atendiendo esa idea, el Profesor Luigi Ferrajoli sostiene que, los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuánto, todos están dotados del status de persona¹⁰. En esta definición, por “derechos subjetivos” se entienden todas aquellas facultades que tiene el sujeto - titular del derecho y, por la expresión “status de persona”, a todo sujeto con capacidad de obrar, es decir

⁸ Las declaraciones internacionales indican que los derechos humanos son los derechos del hombre, concepto que universaliza a los mismos; siendo que, al referirnos a las declaraciones, pactos y/o convenios internacionales se está reconociendo la existencia de una normativa superior, aplicable a todos los hombres y de las cuales se desprenden derechos igualmente atribuibles a todo ser humano sin que exista discriminación por raza, religión, sexo, creencias, etc. Dicha relevancia de los derechos humanos se ha derivado, precisamente, del reconocimiento de los derechos en la DUDH, una norma que se encuentra en la cúspide de la estructura normativa de todo el mundo, pues la relación que existe entre la misma y los países latinoamericanos, por ejemplo, es de cooperación. En virtud de la cual, se encuentran ciertamente comprometidos a respetar y cumplir con lo establecido por la misma letra de la DUDH, así como las sentencias emitidas por la Corte Internacional de Derechos Humanos. AGUILAR, G. (Enero-Abril, 2010) Derechos Fundamentales - Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el Siglo XXI? En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°127. P. 2.

⁹ Por ésta última condición de los derechos fundamentales es que su propia definición se confunde con otras igual de importantes: derechos del hombre, derechos humanos, derechos de la persona humana y es que como se podrá verificar los derechos fundamentales le son atribuibles a un sujeto por su naturaleza misma, es decir por el hecho de ser persona. SÁNCHEZ - MARÍN, A. (Marzo, 2014). Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales. En: *Revista de Filosofía*. P. 230.

¹⁰ En dicha definición, se deberá entender como derecho subjetivo a cualquier necesidad positiva o negativa que le corresponda a un sujeto, y precisamente cuando se hace mención al “status de persona” se refiere a esa condición del sujeto que resulta ser, el presupuesto para otorgarle a la persona la titularidad de derechos, de situaciones jurídicas, etc. FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta. P. 125.

a todo sujeto identificable como hombre/ser humano. Así, Ferrajoli, indica que, los derechos fundamentales son expectativas del ser humano que requieren ser satisfechas tanto por su condición de persona como para garantizar su desarrollo pleno. Pero, además, que tales derechos, deben estar previstos en un ordenamiento jurídico, bajo fórmulas de regla general y confiriéndolos a todos por igual; en cuanto estos reconocen en cada individuo su valor como sujeto con capacidad para obrar, es que le son atribuidos los denominados derechos fundamentales¹¹.

Por esa misma línea se encuentra el Profesor Sánchez Marín, quien sostiene que, derechos fundamentales son aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas sino por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana¹²; añadiendo a su definición como elemento importante: el poder estatal. Para este autor, en el ejercicio de los derechos fundamentales la participación del poder no es para restringirlos o cohibirlos sino por el contrario, la normativa vigente de cada Estado debe cumplir con reconocerlos y garantizarlos; y esa exigencia de respeto a los derechos por parte del poder es consecuencia del carácter fundamental de éstos¹³.

En las definiciones dadas por ambos autores, podemos advertir que, el término “persona” es anterior o previo a la atribución y posterior reconocimiento de los derechos fundamentales, en la medida que: la persona, tiene como uno de sus fines su desarrollo pleno y, para el logro de este, a la persona le han sido atribuidos derechos que son innatos a ella, en cuanto su condición o status de persona (naturaleza humana). De ahí que, en todo ordenamiento jurídico las normas existentes, sean estatales o internacionales, serán eficaces y válidas siempre que vayan acorde a los derechos emanados de la naturaleza y dignidad humana; es decir, que dichas normas serán determinadas desde el contenido normativo de los derechos fundamentales, porque éstos están antes y por encima de cualquier otra ley o derecho.

Podríamos sostener entonces que, los términos derechos humanos y derechos fundamentales se refieren a una misma realidad, teniendo en cuenta las siguientes precisiones: que el primer término se refiere a los derechos del hombre que se encuentran plenamente recogidos en los pactos y declaraciones internacionales mientras que, el segundo término indica que los derechos

¹¹ *Ibídem.*

¹² FERNÁNDEZ, A. *Derecho Natural. Introducción filosófica al derecho*. Citado por SÁNCHEZ – MARÍN. Op. Cit., p. 229.

¹³ *Ibídem.*

fundamentales son, esos mismos derechos, pero recogidos en una norma que corresponde al ordenamiento jurídico interno de un país¹⁴.

Ésta última idea, podría llevarnos a entender que existe una doble definición: derechos humanos y derechos fundamentales y, por tanto, una doble normatividad. Entonces nos preguntamos, ¿existe una diferenciación en lo que respecta a las normas que recogen los derechos humanos de las que reconocen a los derechos fundamentales? Muchos doctrinarios identifican que la diferenciación de terminología va más por el uso que se le da a cada uno dentro del ámbito jurídico interno de un país; es decir, la normativa estatal genera efectos distintos en un término u otro, pero sólo al interior del orden jurídico de cada Estado.

Por ello, en párrafos precedentes se indicó que el término “derechos humanos” se refiere aquellos derechos que se encuentran recogidos en los pactos y declaraciones internacionales. Ello, en base a que, si salimos del ordenamiento interno de un país no podríamos hablar de una doble terminología como si de una doble normatividad se tratase porque eso implicaría que la persona queda sujeta a la aplicación de dos ordenamientos jurídicos distintos, lo que implicaría a su vez ir en contra de los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia propios de los derechos humanos¹⁵. En ese sentido, tenemos que la terminología derechos humanos es de aplicación internacional - extraterritorial; válidos y exigibles no sólo en un Estado sino a todo un grupo de Estados; mientras que el término derechos fundamentales refiere a la misma realidad pero que resulta ser de aplicación nacional, dentro de un Estado determinado¹⁶.

1.3. Derechos constitucionales. La doctrina constitucional sostiene que, los “derechos constitucionales” son aquellos derechos que la constitución de un Estado, como norma magna y primigenia, en su texto los identifica como tales. Por ende, hay quienes entienden que, no todos los derechos fundamentales serán constitucionales sino sólo aquellos que la constitución los reconozca así¹⁷; sólo estos recibirán la denominación de “derechos constitucionales” y la protección que de la máxima norma se desprende a favor de ellos.

¹⁴ En muchos países, cuando existe una violación a un derecho, en última instancia quien puede resolver dicha vulneración es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y más específicamente, la Corte Internacional de Derechos Humanos (CIDH), que es el órgano internacional encargado de resolver aquellas violaciones y/o vulneraciones cometidas a los derechos humanos dentro de un Estado, que es parte y se encuentra sometido a la jurisdicción de este órgano. AGUILAR. Op. Cit., pp. 17-18.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Afirmación que, si bien está sustentado por la Doctrina nacional o internacional, así como por el mismo texto de la normativa internacional y la normas que comprenden el ordenamiento jurídico de un país, también tiene una finalidad didáctica en el presente trabajo de investigación; de forma que, al referirnos a uno u otro no se genere la idea de que estamos hablando de realidades completamente diferentes.

¹⁷ *Ibidem*.

En el caso peruano, del catálogo de derechos de la Constitución peruana, podemos entender que sólo los derechos reconocidos en el artículo 02 del título I del capítulo I de dicha norma, tienen la condición de derechos fundamentales; y que, por tanto, los restantes serían sólo derechos constitucionales por estar identificados y recogidos por nuestra carta magna pero fuera del catálogo mencionado. Sin embargo, aunque parezca un razonamiento lógico, el artículo 3 del mismo cuerpo normativo señala 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 (...)”¹⁸.

De ese modo, dentro de la Constitución peruana no existe una lista taxativa de derechos constitucionales; sino que más bien, de manera expresa, se hace referencia a la equiparación de todos los derechos, recogidos en ella como derechos constitucionales; cada uno de ellos con la misma validez, eficacia y protección que les otorga la constitución como la máxima norma vinculante de un Estado. Si tenemos que, cada derecho reconocido en el texto de la constitución es constitucional, podemos concluir que todos y cada uno de esos derechos son fundamentales y constitucionales a la vez. Fundamentales, porque se trata de derechos que le son atribuidos a la persona por su condición de persona y que deben ser reconocidos por el Derecho interno de cada país en su normativa vigente y, constitucionales, porque están identificados y recogidos como derechos fundamentales de la persona en la constitución de un país.

Según Castillo Córdova, los derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional peruano están unificados en una sola categoría y de esta manera no se puede distinguir entre derechos importantes o no, fundamentales o no; pues para el legislador peruano todos los derechos son esenciales para la plena existencia del hombre, razón por la que deberán recibir la misma protección, emanada de la misma constitución¹⁹. Y aclara a su vez, que no sólo son derechos constitucionales los recogidos en la misma constitución, sino que se les considerará como tal aquellos derechos que, no estando recogidos en el texto constitucional, fundamentan su existencia en la dignidad del hombre o en una naturaleza semejante, por ende, se les considerará como si estuvieran positivados en la norma constitucional.

Dentro del mismo marco de ideas, podríamos aplicar la terminología derechos fundamentales y derechos constitucionales de manera indistinta, no sólo por razones didácticas a lo largo de este trabajo de investigación, sino porque ambos términos se refieren a una misma realidad, ya mencionada anteriormente: aquellos derechos de la persona en cuanto persona,

¹⁸ Artículo 03 de la Constitución Política del Perú.

¹⁹ CASTILLO. Op. Cit., p. 92.

mismos que le han sido reconocidos a esta, a través de la norma constitucional²⁰. Además, se trata de una sola realidad que, bajo definiciones distintas, favorece y promueve el desarrollo integral de la persona humana; por ello, aunque cada expresión lleva a cabo el logro de su finalidad de modo distinto, el tratamiento que se les da a los derechos de la persona, recae en la necesidad de que, todos ellos resultan esenciales para que el ser humano pueda desarrollarse de forma plena.

2. Desde la perspectiva española y perspectiva peruana la determinación del contenido de los derechos fundamentales

Una vez que la norma constitucional ha reconocido el derecho, nos debemos cuestionar sobre lo que implica el contenido de éste, el cual obliga no sólo al poder político sino también al resto de individuos o ciudadanos; porque frente a la vulneración de un derecho fundamental o constitucional, la persona titular del derecho afectado como la persona que ha realizado la contravención, se preguntarán sobre el contenido del derecho que deberá ser realmente protegido.

A modo de ejemplo, no podríamos saber si la publicación de información específica que ha realizado un sujeto (A), sobre la vida personal de otra persona (B), configura una afectación al derecho a la intimidad de (B) o, por el contrario, dado que el supuesto expuesto, es parte del contenido del derecho a la libertad de información y/o expresión de (A), no estaríamos hablando de vulneración alguna. De forma que, existe esa necesidad de conocer y determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales, pues de no conocer el contenido del bien reconocido en el derecho, no se le podrá brindar una real y eficaz protección.

Si tenemos que el ser humano es un ser social por naturaleza, es decir, que se desenvuelve dentro de una sociedad, en donde la satisfacción de sus necesidades se alcanza mediante el ejercicio y/o la concretización de sus derechos; el desenvolvimiento de este individuo encontrará su límite cuando se encuentre de cara al reconocimiento, contenido y ejercicio de los derechos del restante de sujeto que conforman el grupo social. Por lo que, resultaría válidamente exigible que la persona requiera protección para sus derechos y el despliegue de los mismos, a fin de obtener una convivencia social equilibrada y armoniosa. De forma que, para brindar una verdadera tutela de seguridad y amparo de los derechos deberá: 1.- identificarse el objeto de protección: el contenido esencial del derecho constitucionalmente reconocido en la norma; 2.- el reconocimiento y la protección para los derechos constitucionales

²⁰ *Ibídem.*

viene dado por considerarlos expresiones que vienen exigidas por la naturaleza humana: dignidad, libertad e igualdad²¹. Cuestiones que, conllevan a brindar tutela a valores jurídicos de alto nivel a través de mecanismos que, por los menos, deben ser del mismo nivel.

La doctrina señala que, al momento de determinar el contenido de un derecho debemos, en primera instancia, identificar el fundamento de la existencia del derecho, que es anterior al reconocimiento normativo: la naturaleza humana. Dicha naturaleza, convierte al ser humano en titular de derechos y obligaciones y, el respeto a su dignidad da lugar al reconocimiento, a favor del hombre, de principios como la libertad o la igualdad²². Es así que, aparece la cuestión del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, como un freno ante las limitaciones que se pretendan ejercer sobre el derecho mismo; es decir, este contenido esencial del derecho se convierte en un núcleo irreductible²³, que no podrá ser objeto de ninguna limitación, alteración o transgresión.

Según el Profesor Salazar, este principio de irreductibilidad tuvo su origen en Alemania, donde se le prohibía expresamente al legislador efectuar cualquier afectación al contenido esencial de los derechos fundamentales. Muestra de ello, es el inciso 2 del artículo 19 la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que señala: “[E]n ningún caso puede un derecho fundamental ser afectado en su esencia”. Ese respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales surge entonces, de aquella experiencia europea alemana que afrontaron durante la etapa nacional socialista, en la que se vulneraron muchos derechos y la constitución vigente de aquel entonces no tenía las herramientas ni la fortaleza necesaria para afrontar dichas contravenciones.

²¹ *Ibíd.*, p. 104.

²² Además, deberá reconocerse que, las herramientas para interpretar y delimitar ese contenido esencial del derecho no son exclusivas de aquellas señaladas por el ordenamiento jurídico interno, sino que se requiere de algo más (punto que se desarrollará más adelante).

²³ SALAZAR, J. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *En: Foro Jurídico*, N°08. P. 142.

2.1. Desde una perspectiva española. Cuando se afirma que los derechos fundamentales no son ilimitados, es porque se trata de realidades que nacen siendo limitadas; es decir, con un contenido jurídicamente determinado-limitado, lo que hace que tales derechos sean a su vez delimitables; esto último significa que los contornos de su alcance o su ámbito de protección deben ser definidos, y ese perfilamiento del contenido de cada derecho fundamental se encuentra a cargo del operador jurídico²⁴. En otras palabras, ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados; y en medio de la delimitación de su contorno, o de la diversidad de límites a los que se podrían encontrar sujetos los derechos fundamentales, debe concretizarse la idea del contenido esencial de los mismos²⁵. En ese sentido, el contenido constitucional constituye, esa barrera indestructible frente a las limitaciones que se pretendan ejercer sobre el ejercicio de los derechos fundamentales; limitaciones que bien, provienen de la misma constitución, así como del resto de normas que comprende el ordenamiento jurídico estatal de un país.

En términos de la jurisprudencia española el contenido de un derecho se refiere aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito (...); es decir, es aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos²⁶.

En ese sentido, la Doctrina española sostiene que cuando hablamos de contenido el derecho nos referimos inevitablemente a la regulación del ejercicio o concretización que cada persona hace de su derecho; por ello ha establecido que existen tres teorías dirigidas a determinar el contenido irreductible y esencial de cada derecho fundamental: a) Teoría relativa, b) Teoría Absoluta y c) Teoría Institucional.

Sobre la teoría relativa, el Profesor Robert Alexy sostiene que no existe en estricto un contenido constitucional del derecho, sino que éste deberá ser determinado tras llevar a cabo

²⁴ El contenido de los derechos fundamentales se delimita. Justamente por tener existencia previa e independiente del acto de positivación (en cuanto empiezan a definirse en función de la naturaleza humana), y, justamente por tener un contenido esencialmente limitado (el carácter limitado del contenido pertenece a la esencia del derecho), pueden y deben ser <delimitados>, es decir, deben ser determinados los contornos de su ámbito de protección, delimitada su frontera interna, deben ser definidos en su alcance, en definitiva, debe ser determinado o delimitado el contenido del derecho. CASTILLO. Op. Cit., pp. 236-237.

²⁵ Tribunal Constitucional Español. (España). Recurso de Inconstitucionalidad N°189/1980. Sentencia 5/1981, del 13 de febrero de 1981. Párrafo 04 y 05 del punto 7 del apartado relativo a los fundamentos jurídicos. Según la misma jurisprudencia española, hablamos de: 1) Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que ésta establece por sí misma. 2) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales. 3) Límites media o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos.

²⁶ ABAD, S. (1992). Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar. En: *Revista Thémis*, N°21. Lima. P. 10.

una ponderación entre derechos²⁷; es decir, que el contenido de un derecho fundamental es uno sólo – homogéneo, el mismo que vincula al operador jurídico, pero relativamente. Según esta teoría, es válida la restricción de un derecho si es que ésta se encuentra plenamente justificada; justificación que viene dado por el constituyente²⁸ y, que se apoyaría, explícita e implícitamente, en el texto mismo de la constitución a fin de preservar otro derecho o bien constitucionalmente protegido²⁹.

En cuanto a la teoría absoluta, el Profesor Martínez-Pujalte sostiene que, en cada derecho fundamental la esfera permanente del derecho es aquella que constituye su contenido y en cuyo ámbito no existe posibilidad alguna de limitación o restricción; y la otra esfera es aquella denominada accesoria - o no esencial - en la cual son admisibles las intromisiones por parte del legislador, bajo la condición de que no serán arbitrarias sino debidamente justificadas³⁰. Es otras palabras, el contenido del derecho está constituido por dos áreas; la primera es el núcleo del derecho, el mismo que no puede ser afectado bajo ninguna circunstancia, y la segunda que sería aquello que rodea el núcleo del derecho, que, aunque puede ser restringida por el legislador dicha afectación sólo será válida después de haberse realizado un juicio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales participantes que sustente la restricción del ejercicio de uno de ellos³¹.

La teoría institucional, postulada por el Profesor Peter Häberle afirma que, los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos subjetivos de las

²⁷ Si bien, Robert Alexy afirma que existe un conflicto de derechos y que la solución al mismo es la ponderación de derechos; más adelante sostendremos y fundamentaremos la idea de que realmente de lo que se trata es de un conflicto de intereses o de pretensiones y que, por tanto, lo que se ponderaría serían esas pretensiones y las circunstancias en las que pretenden ser obtenidas.

²⁸ En ese sentido, el Tribunal Constitucional español sostiene que la delimitación del contenido esencial de un derecho fundamental se lleva a cabo siguiendo dos caminos complementarios entre sí: a) La naturaleza jurídica del derecho y b) La determinación de los intereses jurídicamente tutelados. ROBERT, A. (1993). *Teoría esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. P. 288.

²⁹ El Profesor Luis Castillo encarna una de las críticas a esta teoría relativa, pues considera que al asegurar que todo derecho puede ser restringido en amparo de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, donde solo medie la proporcionalidad entre uno u otro, significa sujetar los derechos fundamentales a la posibilidad de una restricción permanente, pudiendo generar su completo sacrificio.

³⁰ MARTINEZ-PUJALTE, A. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. P. 22.

³¹ Esta teoría también ha presentado críticas, como la planteada por el Profesor Durand Rivera, quien sostiene que, de la expresión contenido esencial no puede extraerse que cada derecho fundamental esté integrado por un contenido nuclear (esencial) y uno periférico (accesorio) y de ello, entender que la esfera vedada de limitación alguna por el legislador sea la primera y no la segunda. Esto por la sencilla razón que, para este doctrinario, el contenido del derecho es el derecho mismo sin añadidos ni mermas; además, porque esta posible limitación en la esfera accesoria del derecho, abre las puertas a un riesgo de sacrificio parcial e incluso total del derecho que queda en manos del legislador, y aunque se exige una previa justificación para cualquier restricción resulta muy subjetivo el análisis que debe llevar a cabo el operador jurídico.

personas y como fundamento valorativo del orden institucional³². Lo que quiere decir que, el contenido del derecho no puede aislarse del conjunto o la unidad que implica la constitución, pues ésta tutela otros bienes constitucionalmente reconocidos; además de considerar que el contenido de los derechos fundamentales y los límites que puedan versar sobre éstos, y los cuales pueden resultar admisibles, forman una unidad³³. De esta forma, la protección del contenido constitucional de cada derecho, en palabras del Peter Häberle, ha de ponerse en conexión con su dimensión subjetiva e institucional de forma que, ese contenido esencial exija no sólo la preservación del derecho mismo sino su respeto de manera individualizada.

El Tribunal Constitucional español (en adelante TCe) se ha inclinado por oscilar entre las dos primeras teorías: la teoría relativa y la absoluta. A título ilustrativo, en lo que respecta a los derechos y libertades de los extranjeros en España, en una etapa iniciadora sobre la determinación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho, la L.O. 8/2000, misma que fue impugnada ante el TCe, manifestaba una confusión entre las facultades que le corresponden al poder público; pues eran sus operadores jurídicos los que estaban facultados para regular el flujo migratorio en España. Ello generó que se cuestionara mucho el hecho de aquellas restricciones que se ejercían sobre los derechos de los extranjeros en España pues implicaban una limitación a los derechos de los inmigrantes en situación irregular³⁴. Por ello, la doctrina del TCe se encauzó por apelar en sus sentencias, el principio de la dignidad de la persona y el contenido de los derechos de las personas, de forma que no medie distinción alguna entre españoles e inmigrantes. Así sostuvo en una de sus sentencias que “(...) uno de los derechos que le corresponden por igual a españoles y extranjeros, es el derecho a la tutela judicial efectiva (...), derecho que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece (...) pero ni siquiera el legislador podrá poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial”³⁵.

³² HÄBERLE, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. P. 109.

³³ Hablamos de unidad, como como se expuso anteriormente, porque la persona misma es una radical unidad, porque de su naturaleza se desprenden necesidades que jamás serán contrarias entre sí; y por ende, la Constitución que es quien le brinda a la persona los bienes humanos por medio de los cuales satisface sus necesidades deberá determinar el contenido de los derechos de los fundamentales actúan como una unidad, porque el fin que sustenta la existencia de la misma norma es una unidad en sí misma: la persona humana.

³⁴ BALAGUER, F. *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la Sentencia 236/2007 del 7 de noviembre*. (2007). Recuperado de: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>.

³⁵ Tribunal Constitucional Español. (España). Recurso de Amparo N° 14/1985. Sentencia 99/1985, del 30 de Setiembre de 1985. Apartado N° 04 de los fundamentos jurídicos.

2.2. Desde la perspectiva peruana. Si tenemos en cuenta las teorías dadas por la Doctrina española, podría decirse que la teoría institucional, es lo que un sector minoritario de la Doctrina peruana conoce como la teoría armonizadora; la misma que afirma que, referirse al contenido del derecho no implica necesariamente que existe un contenido no esencial, sino que se trata de un contenido que brota de la esencia del derecho mismo que no podrá ser restringido pues ello significaría su vulneración y posterior sacrificio. Según lo postulado por esta teoría, el contenido del derecho está constituido por aquellos elementos dirigidos a lograr que la persona alcance, a través de la concretización del bien jurídico reconocido, la satisfacción de sus necesidades básicas, su desarrollo pleno y posterior perfeccionamiento, como ser individual pero también, en convivencia con otras personas. Es decir, si el contenido del derecho está guiado por una finalidad concreta que se centra en la persona humana, conformarán el contenido protegido del derecho aquellas atribuciones o facultades encaminadas a la consecución de esa finalidad³⁶. Además, se considerará como contenido del derecho, aquel contenido normativo que siendo uno sólo somete a la obligatoriedad de su cumplimiento tanto al poder público, así como al resto de particulares.

Es en ese sentido que el Profesor Castillo Córdova sostiene que, cuando afirmamos que el derecho fundamental está conformado por un contenido esencial y otro no esencial, se asume la idea de que este último no vincula a sus destinatarios, es decir, a los titulares de cada derecho. Así, el autor opta por aseverar que, el contenido de los derechos fundamentales es uno sólo, que es normativo en su totalidad y que por ende vincula tanto al restante de particulares como al poder político y sus decisiones³⁷.

Cabe precisar que, si bien el contenido de los derechos fundamentales se determina a partir del mismo texto constitucional³⁸, el operador jurídico juega un papel importante en dicha labor delimitativa; pues él evaluará las circunstancias específicas en que se llevará a cabo el ejercicio del derecho en cada caso concreto para poder delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho³⁹. Esa labor delimitativa de los derechos recae sobre el ejercicio que se

³⁶ *Ibíd.*, p. 149.

³⁷ “El contenido de un derecho fundamental no puede ser dividido en dos partes, de modo que una de ellas pueda ser “no respetada” (ser limitada, restringida o sencillamente lesionada...). Existe un único contenido en cada derecho fundamental y, ese es el contenido sin más”. CASTILLO. *Op. Cit.*, p. 232.

³⁸ Según lo planteado en nuestra doctrina, al referirnos a un contenido esencial del derecho fundamental, al encontrarse éste recogido en el texto constitucional, podría este ser llamado también contenido constitucional. CASTILLO, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *En: Foro Jurídico*, N° 13. Lima. P. 144.

³⁹ Serna y Toller afirman que, en la forma en cómo se debe visualizar el ejercicio del derecho, así como en la determinación su contenido esencial, el intérprete debe prestar máxima atención al elemento fáctico: la concreción de las circunstancias del litigio. SERNA, P. y TOLLER F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derecho*. Buenos Aires: La Ley. P. 56.

efectúa de cada uno de estos, pero dicha tarea jamás podrá justificar la lesión o sacrificio de un derecho, con el único fin de obtener la satisfacción de otro derecho⁴⁰.

De lo expuesto, hay quienes no descartan que el constituyente realice ciertas concretizaciones que pueden no pertenecer precisamente al contenido del derecho; sin embargo, la doctrina entiende que todas ellas forman parte del contenido constitucional del derecho que está siendo delimitado. Como sostiene Castillo Córdova, “(...) las concreciones que el Constituyente pueda realizar no conformarán algo diferente al contenido esencial si finalmente es una especificación de éste. Consecuentemente, el contenido esencial más las concreciones del contenido esencial conforman, igualmente, el contenido esencial del derecho fundamental”⁴¹.

Puede suceder que, el constituyente constitucionalice algo que sin estar prohibido no brota ni es acorde al contenido del derecho o, por el contrario, puede constitucionalizar algo que es contrario a la esencia del derecho mismo. Situaciones, en las que corresponde establecer el órgano y consecuente procedimiento que evaluará el escenario descrito para determinar si dicha disposición constitucional es ineficaz o no.

En lo que respecta a esa labor delimitativa que lleva a cabo el constituyente u operador jurídico, se ha precisado que dicha actividad no puede, afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, pues, “(...) ni el legislador - ni nadie - podrá entrar a restringir el contenido esencial, definido como el núcleo irreductible e indisponible del derecho. El legislador, (...) podrá entrar y restringir el contenido no esencial del derecho, y lo podrá hacer sólo en la medida que permita y favorezca la convivencia social (...)”⁴².

Nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) recoge el pensamiento de la teoría armonizadora y lo que el contenido constitucional de un derecho fundamental implica, cuando afirma que sólo serán procedentes en materia de derecho previsional, los recursos presentados, en los que el contenido del derecho a la pensión se haya visto vulnerado o afectado⁴³. Para nuestro máximo intérprete, el contenido del derecho invocado - derecho a la pensión - constituye la limitación de su campo de acción y competencia, de modo que, sólo cuando los elementos que conforman el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión

⁴⁰ “Puede regular su ejercicio, puede – por ejemplo, a través de normas o sentencias judiciales – ir concretando ese contenido abstracto y genérico que puede desprenderse (pocas veces sin dificultad) de las disposiciones de la Constitución. Pero jamás podrá “lesionarlos” o “sacrificarlos” para conseguir la satisfacción de otro derecho o bien constitucional”. CASTILLO. *Los derechos constitucionales...* Op. Cit., p. 233.

⁴¹ CASTILLO. *El significado del contenido esencial...* Op. Cit., p. 146.

⁴² CASTILLO. *Los derechos constitucionales...* Op. Cit., p. 350.

⁴³ SALAZAR. Op. Cit., p. 147.

se vean restringidos o limitados, se brindará protección a dicho derecho a través de las garantías constitucionales.

Entendiéndose que, en el caso del derecho a la pensión, serán atendidos sólo aquellos recursos (acciones de amparo) en los que se haya negado el derecho a percibir una pensión de jubilación, cesantía o invalidez pese a que el sujeto, que es titular del derecho, cumple con todos los requisitos que la ley exige para que le sea atribuida. De modo, que en los casos en que se trate de una regulación al monto de la pensión otorgada a favor del pensionista, éste deberá utilizar la vía ordinaria para acceder a su pretensión. En palabras del propio Tribunal Constitucional peruano (en adelante TCp): debido a que las disposiciones referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria⁴⁴.

Nuestra doctrina reconoce un contenido infra constitucional del derecho reconocido por la constitución, contenido que está conformado por elementos meramente accidentales, aquellos que existiendo o no, no vulneran en ninguna medida el derecho del que forma parte; pues su aparición no tiene esa vinculación directa a la naturaleza y/o esencia humana o al bien constitucionalmente protegido. De forma que este contenido, al no derivar del contenido del derecho no será tratado por la misma norma constitucional que reconoce el derecho mismo sino más bien por normas inferiores (leyes o reglamentos)⁴⁵.

Aun cuando parte de la doctrina considera que todos y cada uno de los derechos fundamentales tiende a expandirse de forma ilimitada, resulta necesario advertir que, el planteamiento predominante señala que el contenido de cada derecho fundamental requiere de ciertos límites o frenos a fin de que, el contenido y su posterior ejercicio devenga en ilimitado o absoluto, con la precisión de que tal limitación llega hasta antes de interferir o afectar el contenido esencial del derecho fundamental - núcleo del derecho que es irreductible, que no admite limitación alguna.

⁴⁴ Tribunal Constitucional Peruano. (Perú). EXP. N° 1417-2005-AA/TC. Sentencia del 08 de Julio del 2005. Fundamento 37.

⁴⁵ CASTILLO. *El significado del contenido esencial...* Op. Cit., p. 152.

3. En lo que respecta a la interpretación y posterior delimitación de los derechos fundamentales

En un ordenamiento jurídico resulta necesaria una norma suprema y máxima, que su texto dote de contenido y eficacia a las demás leyes y normas, lo que posibilita el correcto funcionamiento de un Estado. Esa norma fundamental que es la base de todo ordenamiento jurídico resulta ser: la constitución, considerada como aquella norma que se encuentra en la cúspide de la pirámide del Derecho de cada país⁴⁶.

En nuestro país, la Constitución peruana no establece tan claramente el principio de fuerza normativa; sin embargo, su texto sí determina que gobernantes y gobernados deben respetar y cumplir lo establecido por ella⁴⁷, que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado⁴⁸; pero primordialmente, ha quedado establecido que uno de los fines máximos de nuestra carta magna es que la persona pueda lograr el pleno desarrollo de su naturaleza humana, garantizando el reconocimiento y protección de sus derechos frente al poder que tienen y pueden ejercer los gobernantes del Estado. Lo que significa que, el texto constitucional no sólo reconoce a favor de la persona sus derechos fundamentales y el ejercicio eficaz de éstos a través de una serie de garantías, sino que además la misma norma constitucional limita el poder que ejerce el poder político sobre el desarrollo, individual o social, de la persona⁴⁹.

A raíz de lo expuesto, considero que deberá tenerse en cuenta la cantidad y la forma en que son recogidos estos derechos fundamentales (forma explícita o tácita) en el mismo texto de la constitución. La forma en que son recogidos importa, dado que si se hace de forma genérica las personas pueden no tener claro el contenido de cada derecho que ha sido reconocido, pudiéndose generar una extensión casi infinita de los supuestos o circunstancias en que se podría ejercer el derecho. Del mismo modo, importa la cantidad de derechos, pues, la persona

⁴⁶ El constitucionalista Carlos Hakansson, afirma que, según la “teoría pura del derecho” propuesta por Hans Kelsen, tenemos que las leyes y los reglamentos no son el punto de partida de un ordenamiento jurídico, sino que se requiere de algo más: la constitución. Porque el ordenamiento jurídico de un país necesita ampararse en una norma que nadie podría contradecir y la cual dote de contenido al resto de normas. HAKANSSON, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores. P. 74.

⁴⁷ En el Perú, la Constitución Política vigente no indica en ninguno de sus dispositivos, la fuerza normativa de la que está revestida la misma constitución. Sin embargo, su texto si establece que, tanto gobernantes como gobernados deben respetar y cumplir lo establecido por ella misma, lo que da lugar a que de forma implícita recoja, esa finalidad de limitar el ejercicio del poder; en palabras del Profesor Carlos Hakansson, con el fin de asegurar una esfera de derechos y libertades al ciudadano. *Ibíd.*, p. 76.

⁴⁸ Véase el artículo 01 de la Constitución Política del Perú.

⁴⁹ La limitación al poder viene dada no sólo por la división de poderes (legislativo, judicial y ejecutivo) sino que de su mismo texto se desprende la obligación de cumplimiento de las disposiciones establecidas en ella; pues ninguna ley inferior deberá ser contraria a ella, sino que se trata de todo lo contrario: de la concordancia con ella dependerá la validez y eficacia de normas y reglamentos existentes en un ordenamiento jurídico.

podría entender que los derechos que han sido reconocidos se restringen a los indicados en el texto de la constitución, bajo los términos y circunstancias que la misma norma señala o, por el contrario, podría pensar que es titular de una infinidad de derechos y no sólo a los contenidos en la norma constitucional.

De no tener claramente establecida la forma y la cantidad de derechos que la norma señala ¿bajo ninguna circunstancia el ejercicio de los derechos de la persona resultaría exitosa? O, sólo sería viable ¿si en un ordenamiento jurídico no existiera constitución o de existir, recogiera en una lista taxativa de derechos fundamentales, cada uno de ellos indicando su respectivo contenido? Considero que ninguna de las dos opciones resulta ser la más viable, pues para lograr una convivencia humana fructífera debe existir en principio, dentro del ordenamiento jurídico como norma suprema, una constitución, norma que debe identificar y reconocer en la persona sus derechos fundamentales, pero la determinación de los mismos dependerá de la interpretación que realicen nuestros juristas sobre el contenido de cada derecho y su ejercicio. Para ello, la misma constitución deberá, dentro de sus disposiciones, recoger no sólo los derechos de las personas sino también la fuerza normativa que les otorga a cada uno de ellos y las herramientas necesarias para que los juristas lleven a cabo un trabajo de interpretación y posterior delimitación del contenido y posterior ejercicio del derecho en cada caso concreto⁵⁰.

De ese modo, si tenemos pleno conocimiento del contenido de mi derecho podré llevar a cabo un ejercicio eficaz del mismo; pero, además los operadores jurídicos tendrán conocimiento del contenido del derecho al que le deben brindar protección frente a las limitaciones o restricciones que puedan derivarse del ejercicio del poder público, así como de aquellas que derivan del ejercicio de los derechos del resto de sujetos, quienes también son titulares de derechos fundamentales y pretenden su concretización en un contexto de convivencia social.

Este trabajo interpretativo, a fin delimitar el contenido del derecho fundamental, se sustenta en el precepto de que, para ejercer el derecho o para proceder a su concretización a través de las facultades que le han sido dadas a la persona por medio de la norma, el operador jurídico debe interpretar el dispositivo constitucional, siempre acorde al respeto de la dignidad, libertad e igualdad humana, considerados como principios primordiales en un orden constitucional. A su vez, deberá verificar que el poder político se encuentra sometido a esa limitación, tal como lo ha dispuesto el mismo texto constitucional, en su artículo 44, cuando establece que “[s]on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y

⁵⁰ PINO, G. (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores. Pp. 99-107.

promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Según Castillo Córdova, para la labor de interpretación primero deberá acudirse en concreto, al dispositivo constitucional que recoge el derecho, aunque no se tratará de una interpretación literal del texto de la norma, sino que ésta implica la participación de otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores relacionados al derecho invocado). Bajo esa premisa, nuestro TC ha establecido que: una de las reglas en materia de interpretación constitucional es que el proceso de comprensión de la norma suprema deba realizarse conforme a los principios de unidad y concordancia práctica⁵¹.

Continuando con el planteamiento del párrafo precedente, el principio de unidad a lo que apela es a que la interpretación que se lleve a cabo del derecho fundamental no puede realizarse independientemente de la norma que lo reconoce, ni que ésta sea comprendida independientemente de las demás normas constitucionales, porque de darse en caso podría conllevar a conclusiones incongruentes o que generen el efecto contrario a la protección del derecho, es decir, a su posible sacrificio y vulneración. Lo que, en palabras de Castillo Córdova, obliga al intérprete a apreciar la constitución como un todo unitario⁵².

Ahora bien, si la constitución posee un carácter normativo de naturaleza y jerarquía suprema en el ordenamiento interno de un país, lo que significa que está por encima de cualquier ley y/o reglamento; la interpretación que se realice sobre los dispositivos contenidos en dicha norma será diferente de la interpretación legal; en cuanto la constitución recoge en su texto preceptos básicos y fundantes de la comunidad: como los derechos fundamentales.

La labor interpretativa de los dispositivos que reconocen derechos fundamentales, deviene en una tarea más especializada, congruente, unitaria de todos y cada de estos dispositivos constitucionales; va más por un trabajo que implica un análisis de valores o bienes jurídicos materiales que se fundamentan en la naturaleza humana y que resultan ser el fundamento mismo de validez de la propia norma.

Siguiendo la misma idea, Peter Häberle⁵³ sostiene que, el Estado constitucional está articulado progresivamente hacia un razonamiento universal en sus elementos, especialmente

⁵¹ CASTILLO, L. (Junio, 2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los Derechos Fundamentales. *En: Repositorio Institucional PIRHUA*. Lima. P. 6.

⁵² Sumado a ello, la IV disposición final y transitoria de nuestra Constitución señala que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hayan sido ratificados por nuestro país.

⁵³ HÄBERLE, P. (Enero-Julio, 2010). Métodos y principios de interpretación constitucional, un catálogo de problemas. *En: Revista de Derecho Constitucional Europea*, N° 13. España. Pp. 379-411.

en materia de derechos fundamentales. El autor afirma que, la interpretación de la ley y la constitución es meramente formal, porque están referidas a fuentes formales de derecho; en cambio, la interpretación de derechos fundamentales es sustancial pues está referida a derechos que emanan de la dignidad humana, independientemente del instrumento que los contenga recogidos.

Cabe señalar que, para la doctrina constitucional, la delimitación de los derechos fundamentales constituye una operación en la que, a la luz de los casos concretos y respetando el texto constitucional, el intérprete debe determinar qué conductas constituyen el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, lo que en gran medida exige un esfuerzo por comprender los perfiles del bien jurídico protegido en cada derecho fundamental⁵⁴.

Sin embargo, tal como mencionamos anteriormente, en la doctrina constitucional se sostiene que, los derechos son realidades que tienden a extenderse de manera indefinida, lo que exige que sobre su contenido se apliquen límites o restricciones a fin de que su ejercicio no resulte ser ilimitado provocando una convivencia humana discordante. De ahí que, al referirnos al contenido del derecho nos referimos necesariamente a esa labor de delimitación del mismo, porque de esa forma sabemos qué y cuáles son las acciones que conforman el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho. Si bien tales limitaciones se comprenden como restricciones que son aplicables al contenido constitucional del derecho, no pueden interferir o restringir el contenido del derecho fundamental. Lo que bien da a notar que el contenido del derecho constitucional está conformado por una parte que es esencial, misma que no puede restringirse o alterarse; y, una parte no esencial que sí es objeto de limitaciones o restricciones.

Sin embargo, hablar de los derechos fundamentales como realidades que tienden a expandirse conlleva a:

1. Que, la limitación del contenido no esencial del derecho, que también es contenido constitucional, conlleva a una no normatividad de algunas o parte de algunas disposiciones constitucionales; lo que significa que: la constitución es normativa sólo en parte, en aquella parte que define el contenido esencial del derecho, y no es normativa - no vincula efectivamente - en la parte que es considerada no esencial⁵⁵.
2. Que, es posible el conflicto entre derechos fundamentales, porque el derecho al intentar expandirse de manera indeterminada va a contraponerse a otro derecho que está buscando lo mismo, extenderse ilimitadamente.

⁵⁴ MARTINEZ-PUJALTE, A. (2011). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: teoría general e implicancias prácticas*. Granada: Comares. P. 159.

⁵⁵ CASTILLO. *Los derechos constitucionales...* Op. Cit., p. 351.

3. No tener en cuenta la finalidad que persigue y busca proteger cada derecho fundamental, de modo que, al no saber qué busca amparar el derecho, la protección que otorga el derecho se expandirá a más bienes humanos - jurídicos, distintos de aquel para el cual fue reconocido en derecho en la norma constitucional.

A partir de señaladas líneas arriba, se asumirá que los derechos no son realidades que admiten límites, entendidos como afectaciones o restricciones de su contenido; sino que, estos tienen un contenido que es limitado en sí mismo, es decir, que ellos internamente contienen aquellos parámetros que determinan lo que conforma o no su contenido constitucionalmente protegido. Se trata de fronteras o contornos inmanentes; es decir, que no constituyen intervenciones desde fuera del derecho, sino que se encuentran dentro del contenido mismo del derecho⁵⁶.

En ese sentido, la delimitación del contenido del derecho fundamental exige una labor de interpretación, que deberá tener en cuenta que, el derecho es uno sólo, además definir cuál es el bien humano que cada derecho reconoce; y, de ese modo se podrá determinar la pretensión o pretensiones que comprenden ese derecho y cuyo contenido es objeto de protección.

Así, la labor del intérprete al delimitar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, siendo una labor fundamental, tendrá como punto de partida el derecho mismo, la naturaleza humana que lo fundamenta y el bien humano que protege dicho derecho. Para dicha actividad, utilizará como principios de interpretación, no sólo la norma que reconoce el derecho, sino otras normas, valores y/o principios que se relacionan con el derecho que busca ser determinado, y con respeto que exigen las disposiciones internacionales de derechos humanos a los que un país se encuentra sujeto⁵⁷.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 354.

⁵⁷ “Así, la delimitación del contenido de los distintos derechos reconocidos constitucionalmente en general, debe hacerse tomando en cuenta la compleja y unitaria naturaleza del hombre, todo el texto constitucional en su conjunto como si de una unidad se tratase (en particular los preceptos que reconocen derechos y las disposiciones legales que los desarrollen), y las concretas circunstancias presentes en cada controversia”. *Ibíd.*, p. 348.

Capítulo 2

Los denominados “Conflictos de derechos” y la persona como punto medio

1. ¿Existen los “conflictos entre derechos fundamentales”? ¿Es correcta dicha denominación?

El ejercicio del derecho que le ha sido reconocido a una persona, depende del contexto y las circunstancias en que éste se lleve a cabo. Si tenemos en cuenta que el desenvolvimiento y/o desarrollo del hombre a través del ejercicio de sus derechos se da dentro de la convivencia con más seres humanos, quienes a su vez ejercitan sus propios derechos, no resulta nada sorprendente que se acepte la posibilidad de que un derecho se oponga o contravenga al ejercicio del otro. De esa convivencia social a la que hacemos referencia es que podemos apreciar ese contexto conflictual en que se encuentran dos o más sujetos; panorama en que la confrontación entre ellos se sustenta en el presunto ejercicio legítimo de sus derechos; esto último, en la medida que, a partir del bien jurídico que intenta proteger cada uno de los derechos, estos pueden dirigirse hacia pretensiones que resultan divergentes y por ende, opuestos entre sí (Ej. El derecho a la información y el derecho al honor o a la intimidad personal, contraposición que no podríamos visualizar entre un derecho a la libertad de creación intelectual y el derecho a la legítima defensa).

Parte de la doctrina constitucional, admite la posibilidad de que se presenten aquellas situaciones en que el derecho de un titular entre en colisión y/o conflicto con el derecho de otro sujeto, también titular de derechos “(...) al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo (...)”⁵⁸. En ese contexto, podríamos preguntarnos, ¿cómo brindar al titular de derechos fundamentales, una eficaz protección de sus derechos? De forma que primero, determinaremos si es posible o no un conflicto de derechos, y de ser el caso, se deberá indicar cuál es el método de solución a aplicar.

En materia constitucional, el escenario descrito ostenta una considerable relevancia, porque en la vida en sociedad en la que se desenvuelve el ser humano, resulta esencial que exista un equilibrio o una armonía para que cada uno de los partícipes alcance su pleno desarrollo y

⁵⁸ PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. P. 594.

desenvolvimiento. Es la ausencia de ese equilibrio, lo que algunos juristas llaman “conflicto entre derechos fundamentales”⁵⁹.

En la doctrina existe una variedad de posturas, que aseguran no sólo, la existencia de un “conflicto entre derechos fundamentales” sino que además establecen toda una gama de tipologías, mismas que surgen de la complejidad de la que adolecen los casos concretos que constituyen el citado fenómeno. A modo de ejemplo tenemos aquella clasificación postulada por Mendoza Escalante⁶⁰, quien menciona los siguientes tipos: 1) Conflictos iusfundamentales en sentido amplio y en sentido estricto y 2) Conflictos iusfundamentales abstractos y concretos. O aquella clasificación propuesta por Lepa⁶¹, según la cual existen conflictos entre: 1) Derechos fundamentales, 2) Derechos fundamentales y bienes colectivos y 3) Derechos fundamentales e institutos de rango constitucional.

Parte de esta doctrina, admite la existencia de conflictos entre derechos fundamentales, por ello hay quienes sostienen que, para lograr un ejercicio eficaz de los derechos fundamentales, se debe tener claro que ninguno de ellos es absoluto, si es que con su ejercicio se pone en juego la efectividad de otro derecho. De modo que, el ejercicio de todos y cada uno de los derechos estará sometido a ciertas limitaciones, las mismas que se presentarán una vez se haya generado una colisión o controversia en la aplicación concreta y real de uno o más derechos⁶². En otras palabras, estaremos frente a un conflicto de derechos fundamentales cuando identifiquemos que

⁵⁹ Gran parte de la doctrina utiliza el término “colisión” o “situaciones de tensión” en lugar de “conflicto”. En el presente trabajo de investigación se optará por el término “conflicto” dado que, en palabras del Profesor Mendoza Escalante, la expresión “colisión” trae consigo la referencia a una contradicción absoluta donde el ejercicio de un derecho fundamental lesiona el derecho de otra persona. MENDOZA, M. (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Lima: Palestra Editores. P. 38.

⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 40-45. En concreto, cuando hablamos de conflictos iusfundamentales en sentido estricto, nos referimos a aquellos que se presentan únicamente entre derechos fundamentales; mientras que, al hablar de conflictos iusfundamentales en sentido amplio, aludimos aquellos que se presentan entre derechos fundamentales y otros elementos y/o instrumentos recogidos por la Constitución (ej. principios fundamentales, garantías constitucionales, fines o bienes constitucionales).

Así mismo, cuando el autor se refiere a conflictos iusfundamentales abstractos y concretos, es menester indicar que esta clasificación se desprende de los denominados conflictos en sentido estricto (conflictos entre derechos fundamentales). En el caso de conflictos iusfundamentales en sentido abstracto, se trata de resolver el problema que existe en la intervención normativa (norma) que protege un derecho pero que afecta negativamente en el ámbito de protección de otro derecho, estaríamos frente a una norma que al proteger un derecho invade de manera desproporcionada - inconstitucional - el ámbito de aplicación de otro derecho. Entretanto el conflicto iusfundamental en sentido concreto, se refiere al ejercicio que lleva a cabo el titular de un derecho, pero al efectuarse la acción se lesiona el derecho fundamental del que otro sujeto es titular.

⁶¹ *Ibíd.* Para Lepa, cuando nos referimos a conflictos entre derechos, hacemos alusión a los casos en que se visualiza una confrontación entre derechos en los que se pretende la validez de uno a costa del otro.

⁶² PECES-BARBA, G. (1988). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: EUDEMA Universidad. P. 97. A modo de ejemplo, en los documentos medievales se podía constatar el planteamiento descrito, primero cuando el monarca otorgaba una serie de privilegios a un grupo específico de súbditos, pero también se determinó en dichos documentos que de presentarse casos de excesos o abusos en contra de dichos privilegiados por parte de la autoridad; el poder real debería sucumbir o someter su autoridad frente a la posición de privilegio y la concesión de ciertas libertades que le han sido atribuidas a un grupo determinado de habitantes.

el ejercicio del derecho de un titular tiene efectos negativos en el derecho de otro titular, hasta el punto de reducir o anular por completo el ejercicio o aplicación del mismo.

La “tesis conflictivista”, una de las más fuertes en lo que a la conflictividad de derechos, admite la presencia de colisiones entre derechos fundamentales en la vida del hombre en sociedad pero afirma que a ella se deberá aplicar una técnica que, actuando dentro de lo constitucional, reduzca el supuesto de hecho del derecho que se pretende ejercer y que afecta el derecho de otro sujeto; es decir, que uno de los derechos en conflicto prima o se encuentra por encima del otro⁶³, dicho en otras palabras: uno de los dos derechos que constituyen el conflicto será, obligatoriamente sacrificado en aras del ejercicio y protección del otro⁶⁴.

El fundamento de lo expuesto en el párrafo precedente, está constituido por dos ideas claras. La primera de ellas parte del sujeto mismo, pues si se considera a éste como un ser limitado, las proyecciones que surgen de él y de las cuales es titular - como los derechos fundamentales - también serán limitadas; precisando que uno de esos límites en el desenvolvimiento del hombre dentro de la sociedad lo constituye el orden moral: lo moral siempre está por encima de lo jurídico. La segunda, es precisamente el factor social en el desarrollo del hombre: la presencia de otros sujetos, quienes poseen derechos similares a los míos, genera que, llegado el momento de ejercer nuestros derechos, el ejercicio que realice el titular de un derecho idéntico al mío se convierta en linde del ejercicio de mío propio.

Peces Barba, por ejemplo, afirma que el ejercicio de un derecho fundamental, puede encontrarse en disconformidad al ejercicio del derecho que efectúe el titular de otro derecho fundamental⁶⁵. Según el autor, las disposiciones que contienen los derechos fundamentales son imprecisas - abstractas, razón por la que los conflictos entre estos devienen en inevitables; de forma que, presentado un conflicto entre derechos fundamentales se deberá preferir a uno y desplazar al otro - un derecho tendrá mayor peso o fuerza que el otro, por lo que el derecho más fuerte siempre estará por encima del débil.

La tesis conflictivista, que asegura que los conflictos entre derechos fundamentales existen, admite a su vez, la posterior limitación del contenido de dichos derechos e incluso su anulación o total sacrificio. El argumento para aceptar dicha restricción es que se hace con la finalidad de evitar que la tutela de un derecho en específico interfiera de modo excesivo o abusivo en los

⁶³ Tesis que sostiene que, generado un conflicto entre derechos, deberá ser solucionado con un método aplicable a principios, como viene a ser la ponderación y proporcionalidad. Puntos que serán desarrollados en uno de los subcapítulos del presente trabajo de investigación. CIANCIARDO, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Navarra: EUNSA Ediciones S.A.

⁶⁴ CIANCIARDO, J. (2007). *El Ejercicio Regular de los Derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad-Hoc. P. 206.

⁶⁵ PECES – BARBA. *Curso de derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 594.

demás derechos; y, si hablamos de la interacción del hombre con el resto de sus semejantes dentro de un grupo social, se evitaría también que el ejercicio de un derecho afecte la convivencia social, el mantenimiento de la paz y el equilibrio en la sociedad.

A partir de lo expuesto, ¿podríamos entender entonces que, al reconocer un conflicto entre derechos fundamentales, reconocemos también que aquellos derechos, parte del denominado conflicto, están sujetos a restricciones en su contenido? Sucede que, el identificar un conflicto de derechos, no necesariamente conlleva como consecuencia inminente la restricción, anulación y/o sacrificio de algún derecho. Planteamiento que encuentra su sustento en lo que parte de la doctrina afirma, que los derechos fundamentales no admiten limitación o restricción alguna, porque estos jamás entran en conflicto; sino que de lo que se trata realmente es de un conflicto entre posiciones, intereses y/o principios. Así, por ejemplo, la Declaración Francesa del año 1789, en su artículo 4 reconoce ese carácter absoluto atribuido a los derechos fundamentales y por el cual, el ejercicio de los derechos del hombre no es objeto de limitación alguna más que asegurar a los demás miembros de una sociedad el goce de esos mismos derechos; es decir, no admitía el conflicto en que podía incurrir algunos derechos y menos una limitación cualquiera de los mismos.

Por su parte, Mendoza Escalante prefiere utilizar la expresión “posiciones jurídicas”, cuando firma que: los derechos fundamentales dan lugar a una amplia gama de posiciones jurídicas: derecho a algo, libertades y competencias⁶⁶; y en la medida que los derechos fundamentales representan posiciones jurídicas, los derechos fundamentales propiamente dichos no entran en conflicto sino las posiciones jurídicas, específicamente, aquellas que comprenden el “derecho a algo”; es decir, posiciones que están conformadas de acciones u omisiones dirigidas a proteger un bien jurídico, conferido a la persona, a fin de lograr su pleno desarrollo a través de la satisfacción de sus necesidades humanas más básicas.

La “teoría coherentista”, sostiene que cada derecho tiene un contenido específico e inamovible, debidamente protegido; lo que permite que entre todo ese conjunto de derechos exista una real armonía, derivada de la correcta delimitación de un derecho frente al resto. De modo que, los tan llamados “conflictos entre derechos fundamentales” no existen realmente, son conflictos aparentes y de lo que realmente se trataría es de una errada delimitación de los derechos que parecen entrar en colisión⁶⁷. Sin embargo, frente a la teoría expuesta, aparece una crítica que identifica una deficiencia clara de la misma: Que no es posible determinar con plena

⁶⁶ MENDOZA. Op. Cit., p. 37.

⁶⁷ LARIGUET, G. (2008). *Dilemas y conflictos trágicos: una investigación conceptual*. Lima: Palestra Editores. P. 134.

exactitud el contenido de todos y cada uno de los derechos fundamentales, sobre todo si tenemos en cuenta que, algunos de los derechos al estar configurados como principios poseen una estructura y composición que devienen en amplias e indeterminadas. Pero, suponiendo que la labor de los intérpretes y juristas obtuviera esa ansiada determinación de cada derecho fundamental, ello no evitaría que exista una futura confrontación entre los mismos; porque cuando nos referimos a la aplicación o ejercicio de los derechos fundamentales no estamos hablando de instrumentos o valores específicos que encajan perfectamente entre sí, como piezas de un rompecabezas, sino de algo mucho más complejo, complejidad que se fundamenta en esa naturaleza abierta de la que adolecen aquellos derechos configurados como principios⁶⁸.

Para Robert Alexy, por ejemplo, no existe un conflicto entre derechos fundamentales realmente sino más bien, lo que se trataría es de una “colisión entre principios”. El planteamiento de dicho autor afirma que, los derechos fundamentales no sólo están formulados a través de principios sino también de reglas; es decir, que las normas iusfundamentales - normas que reconocen derechos fundamentales - se distinguen entre sí, en la medida que hay normas que son principios y normas que son reglas⁶⁹. Bajo esa premisa, sólo es posible hablar de una colisión o un conflicto entre derechos fundamentales, cuando las normas que los reconocen ostentan la condición de principios, dado que su texto está formulado de manera general, amplia y/o abierta⁷⁰; esa generalidad o amplitud lleva consigo que las condiciones en que deba llevarse a cabo el supuesto de hecho no aparezcan en el texto mismo del derecho y mucho menos, se adviertan las excepciones en que no deberá aplicarse la norma constitucional que recoge al derecho⁷¹.

⁶⁸ Y se entiende como principios, en palabras del autor, como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes.

⁶⁹ Tal distinción constituye un planteamiento importante en lo que respecta a la fundamentación iusfundamental, en la medida que por ella se podrá analizar el denominado “conflicto entre derechos fundamentales”, así como la limitación de cada uno de estos, etc. CIANCIARDO. Op. Cit., p. 201.

⁷⁰ MENDOZA. Op. Cit., p. 52.

⁷¹ Robert Alexy, sostiene a su vez, que una “colisión iusfundamental” se encuentra vinculada con el concepto de ponderación y subsunción. De modo que, si en la contraposición entre derechos fundamentales al menos uno de ellos precisa de una ponderación entonces estamos ante un supuesto de colisión entre principios. Por el contrario, si en una contraposición ambos derechos requieren de la aplicación de la técnica de la subsunción, no estaría ante un supuesto de colisión o conflicto - únicamente estaríamos frente a una confrontación de reglas, en la que sólo una de ellas resultará aplicable.

Sin embargo, el Profesor Mendoza Escalante, hace una crítica a ésta última idea; en palabras de este autor, un conflicto iusfundamental implica el escenario donde dos titulares de derechos fundamentales tienen intereses que son contrarios entre sí estando recogidos por legítimos derechos fundamentales.

Lo que bien puede llevar a afirmar que, dentro de un conflicto de esta naturaleza, la aplicación y/o ejercicio de un derecho implica obligatoriamente la lesión directa de otro derecho fundamental; y podríamos asegurar que, como consecuencia resulta viable la aplicación de técnicas o mecanismos prohibidos por ley - como por ejemplo la anulación o sacrificio total de un derecho fundamental - para dar solución de un conflicto de derechos, si este último se entiende bajo los términos expuestos líneas arriba.

El planteamiento expuesto por Robert Alexy, afirma que los derechos están formulados bajo la condición de principios, así como de reglas y, que entre ambos existen diferencias que los separan y bajo las cuales podemos sostener que los tan denominados “conflictos entre derechos fundamentales” son realmente conflictos entre principios, y sólo entre principios mas no entre reglas. Afirmación que se sustenta en que, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible (mandatos de optimización) mientras que, las reglas son normas que ordenan que algo sea realizado sí o sí (mandatos de realización). En ese sentido, si nos encontramos frente a un conflicto de reglas, una de ellas desplaza completamente a la otra; panorama muy diferente se da cuando estamos frente a un conflicto entre principios, en el que, si bien uno de ellos debe ceder, no lo hará de modo radical y definitivo⁷².

Los principios son normas con formulaciones más generales - abiertas, mientras que las reglas son normas de expresiones más precisas - cerradas. Esa indeterminación en los principios, es para algunos doctrinarios, el fundamento base para que se pueda afirmar la existencia de conflictos entre principios y no entre los derechos fundamentales reconocidos a través de la norma iusfundamental - bajo la condición de principios. En la medida que, el enunciado que recoge el principio no recoge las condiciones de aplicación, sino que sólo expresa un mandato de hacer algo dentro de la mayor medida posible, este bien podría cumplirse de manera parcial o en su totalidad y de ese modo; los principios serían planteamientos por lo menos genéricos o abstractos - por no decir que resultan ambiguos - y que fácilmente podrían entrar en conflicto. Panorama muy distinto se visualiza en las normas iusfundamentales que reconocen derechos fundamentales y que se encuentran bajo la formulación de reglas, pues se trata de expresiones que recogen disposiciones que deben ser cumplidas o no; si se deben cumplir debe hacerse bajo los términos que ella misma exige, de no ser ejecutadas deberán estar previstas en los supuestos de excepción que igualmente, ella misma indica.

A modo de ejemplo: Si teniendo conocimiento de que un preso cuenta con información sobre un futuro ataque terrorista en nuestro país, ¿Resulta viable golpearlo o someterlo de manera violenta con el fin de obtener la información que se necesita y así evitar la muerte de innumerables personas? Claramente, no podríamos proceder de esa manera; pero no porque el derecho a la integridad de aquel preso se encuentra en una posición jerárquica superior al derecho a la vida de cada una de las personas que podrían salir afectadas de dicho ataque, sino que el uso de la violencia para lograr un fin específico no está permitido por la ley. *Ibíd.*, p. 53.

⁷² CIANCIARDO. *El conflictivismo en los derechos fundamentales...* Op. Cit., pp. 202-203. A partir de lo citado, se puede concluir que las reglas dan una solución al caso conflictual, porque una regla se aplicará siempre que se cumplan las condiciones que configuran el supuesto de hecho establecido en la norma; de lo contrario, la misma no resultará aplicable en el caso concreto. Situación que no sucede cuando estamos frente a normas que tienen la condición de principios, dado que el operador jurídico deberá tener en cuenta ambos principios en juego, los derechos fundamentales que ellos reconocen, pero además las circunstancias del caso; y éstas serán las que determinen finalmente la solución al conflicto.

Otro de los criterios por los que se distingue entre principios y reglas, y que a su vez constituye otro de los argumentos para alegar la existencia de conflictos entre principios y no de reglas es que: Los principios, en su enunciado no indican ni siquiera de modo general las excepciones, aun cuando se cumpla al pie de la letra, con las condiciones de aplicación señaladas en la norma, no tendremos la seguridad absoluta de que se está ejercitando correctamente dicho principio. De modo que, si la aplicación de un principio entra en conflicto con otros principios se deberá valorar qué principio —y por ende qué norma— resultará aplicable y hasta qué punto. Situación contraria está presente entre las reglas, dado que, en la normativa que se encuentran recogidas, aparecen indicadas, de forma previa y detallada, las excepciones bajo las cuales no será posible llevar a cabo la consecuencia jurídica que exige el supuesto de hecho. Por su parte, Mendoza Escalante, manifiesta que los conflictos entre derechos fundamentales —que, según el mismo autor, de lo que se trataría realmente sería de conflictos o controversias entre derechos que poseen la condición de principios— presentan dos características claras:

- 1) Sujeto: exige la presencia de dos titulares de derechos fundamentales que tienen pretensiones contrapuestas, y
- 2) Objeto: exige la concurrencia de dos “derechos fundamentales” que tienen consecuencias jurídicas recíprocamente excluyentes entre sí.

Esto último, alude entonces a una contraposición entre dos modalidades deónticas derivadas precisamente de los derechos fundamentales que constituyen el conflicto: lo que está permitido y lo que no. Es decir que, en un conflicto entre derechos fundamentales siempre, del derecho fundamental de un titular resultará una conducta prohibida y del mismo derecho del que es titular otro sujeto, procederá una conducta permitida⁷³.

Lo señalado líneas arriba, bien puede dar a entender que una conducta está permitida y prohibida al mismo tiempo por un ordenamiento jurídico específico. Sin embargo, cuando hablamos de derechos fundamentales planteados como principios, tal como señalamos anteriormente, estamos frente a formulaciones de modo general, en las que su contenido resulta indeterminado; razones por las que no parece extraño que, se presente entre ellos un conflicto y frente a los cuales la actuación interpretativa de los juristas es determinante⁷⁴.

⁷³ MENDOZA. Op. Cit., p. 54.

⁷⁴ Tal como se analizó en el capítulo anterior: para que el ejercicio de mi derecho fundamental sea eficaz, primero debo conocer el contenido de éste, serán los operadores jurídicos lo que realicen esa labor interpretativa de la norma, a fin de que cada titular de un derecho sepa los alcances del mismo. Alcances que no se encuentran

Entonces, cuando aludimos a un “conflicto entre derechos fundamentales”, no nos referimos a dos normas que amparan derechos fundamentales contrarios entre sí, donde el ejercicio de uno exige el sacrificio del otro, y que por ende se trate de normas incompatibles entre ellas mismas. Sino que, en palabras de Mendoza Escalante, cuando estamos frente a un supuesto conflicto entre derechos fundamentales de lo que se trataría ciertamente es de problemas en la aplicación del derecho y en la labor interpretativa que recae sobre este. De ese modo, si el derecho no se encuentra recogido de forma específica y detallada en la norma y, no media interpretación alguna de su contenido, es posible que no pueda alcanzar el fin o el ideal que busca a través de su constitución (como principio), sobre todo frente a otro derecho que, siendo constitucional y bajo los mismos términos, exige mayor respeto y protección para su aplicación en virtud a las pretensiones que posee el titular de dicho derecho.

Resulta necesario precisar que: si de la naturaleza humana se desprenden una serie de exigencias humanas frente a las cuales el Derecho es quien debe brindar aquellos medios que permitan a la persona satisfacer, de manera efectiva, tales necesidades; deviene en esencial que la constitución reconozca en su texto tales instrumentos: los derechos fundamentales. Serán estos, quienes le concedan a la persona una serie de bienes humanos, a través de los cuales podrá satisfacer aquellas necesidades que brotan de la condición de persona que posee, y en medida que se alcance dicha satisfacción, ella alcanzará su pleno desarrollo, perfeccionamiento y posteriormente su felicidad.

En ese sentido considero que, no podríamos hablar realmente de un conflicto de derechos y menos de la posibilidad de aplicar mecanismos que limiten el supuesto de hecho del derecho fundamental - aun cuando el fundamento para dicha limitación sea constitucional, porque ello implica asumir dos ideas, que son claramente inconsistente con todo lo analizado hasta aquí, en la presente investigación:

1. De existir conflictos entre derechos fundamentales estaríamos avalando la idea de que se le han atribuido a la persona derechos que, si bien satisfacen sus necesidades básicas, los mismos se contraponen entre sí. Y por ende que la persona humana no es unidad y coherencia en sí misma.
2. Lo anterior, lleva a reconocer inmediatamente: primero, que no existe un contenido esencial del derecho - irreductible, y segundo, que frente a un conflicto entre derechos es posible una restricción y posterior sacrificio del contenido (esencial o no) del derecho mismo.

recogidos en la norma de manera explícita, sino que, por el contrario, son formulaciones hechas de modo general, a modo de principios y que, hacen necesaria esa labor interpretativa.

A pesar de lo expuesto, hasta el día de hoy la existencia del “conflicto entre derechos fundamentales”, como lo hemos visto a lo largo de los párrafos precedentes, es un planteamiento fuertemente sustentado e incluso considerado como una consecuencia común e inminente de la formulación abierta y/o amplia en que la norma reconoce el derecho y su correspondiente protección. Sin embargo, hablar de la posibilidad de que exista realmente de un “conflicto entre derechos fundamentales”, resulta contraproducente en tanto tal expresión denota una pugna constante entre mis derechos y los derechos de los sujetos a mi alrededor, como si de una batalla se tratase al buscar la prevalencia de un derecho o la depreciación del otro. Por ello, considero que una expresión más adecuada que revele la real situación de conflicto, es que el conflicto o la colisión se da entre las pretensiones o los intereses individuales de cada uno de los sujetos que forman parte del contexto conflictual, sobre todo, si tenemos claro que, cuando de derechos fundamentales de la persona se trata, hablamos de un contexto de unión y armonía entre los mismos, cosa que no sucede cuando tenemos a dos sujetos con intereses individuales claramente influenciados en la búsqueda del mayor beneficio posible, excediendo muy por encima la satisfacción de una necesidad básica.

En medio de dicha coyuntura, resultará vital que sean nuestros juristas —intérpretes— quienes delimiten finalmente el contenido del derecho, a fin de verificar si la pretensión que pretendo alcanzar a partir de la invocación de uno de mis derechos, forma parte realmente del contenido de dicho derecho o no. Precizando que, no se trata de una determinación del contenido del derecho fundamental como sinónimo de restricción del mismo, porque al otorgarle a una persona la facultad de restringir el derecho significa estar a merced de la apreciación u opinión que le merece el caso concreto y según los criterios que ella considere más apropiados para resolver el conflicto, lo que a simple vista deviene en arbitrario.

Esa labor de delimitación del contenido de los derechos fundamentales, deberá tener en cuenta las distintas normas que regulan materia de derechos fundamentales (las mismas que deben ajustarse a la constitución), lo establecido por las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, pero sobre todo las circunstancias del caso concreto. Serán estas circunstancias que constituyen el conflicto a resolver, las que determinen si la conducta que pretendo ejercer es parte del contenido del derecho invocado y por ende es objeto de protección constitucional, pues, “(...) delimitar en un caso concreto el contenido constitucional de un derecho fundamental, significa en definitiva preguntarse si una concreta acción tiene o no cobertura constitucional por ser producto o no del ejercicio legítimo del derecho fundamental invocado(...)”. Por eso, considero que es más apropiado hablar de una labor interpretativa que lleve consigo la delimitación del contenido del derecho más que de una limitación o restricción del mismo; es

decir, de una delimitación que determine la concretización del derecho contenido en la norma, del contorno o el perfil del derecho o los derechos que constituyen la controversia, de los parámetros de su aplicación y consecuente protección.

2. Soluciones planteadas frente a los llamados “conflictos entre derechos”

La doctrina constitucional que sostiene la tesis de que existen conflictos entre derechos fundamentales⁷⁵, entiende que para los juristas resulta indispensable contar con un criterio que les brinde la mejor solución: mecanismos como la jerarquización y ponderación de derechos. Precisando claro está que, ambos caminos llevan consigo a la misma consecuencia: decidir qué derecho predomina en el conflicto, mismo que llevará a cabo su ejercicio frente a otro derecho, que deberá dejarse a un lado, anulando su ejercicio totalmente.

2.1. Jerarquización de derechos fundamentales. Para quienes sostienen este método de solución, comprenden dos ideas puntuales:

- 1.- Que el derecho es aquel revestimiento por el que un ordenamiento jurídico le brinda una merecida protección a valores que le han sido atribuidos al ser humano para alcanzar la satisfacción de sus necesidades básicas.
- 2.- Que, tales valores humanos, son susceptibles de una categorización; es decir, que entre ellos puede establecerse un orden y, por ende, los derechos fundamentales que los reconocen y predicen, estarán sometidos a la misma jerarquización de la que son objetos tales valores. De esa forma, al existir un orden jerárquico, frente a un conflicto entre derechos fundamentales, bastaría con reconocer en la tabla de posiciones, el lugar que ocupa cada uno de valores jurídicos —y en todo caso el orden que tiene cada uno de los derechos que forma parte del conflicto— para determinar cuál es el que prima, resultando aplicable frente a otro derecho, mismo que por encontrarse en una posición menor en la tabla, será anulado por completo.

Dentro de la doctrina que asume la visión conflictivista descrita, tenemos por ejemplo al Profesor Peces Barba, para quien el ejercicio de un derecho fundamental puede encontrarse en disconformidad al ejercicio que efectuar el titular de otro derecho fundamental, contexto

⁷⁵ Resulta necesario indicar que, se utilizará todavía la expresión “conflictos entre derechos fundamentales” dado que algunos de los autores que forman parte de la presente investigación sostienen la existencia real y verídica de tal conflicto, entre derechos y no entre principios - como sostienen otros autores- o entre las pretensiones individuales de los titulares de los derechos fundamentales - como bien considero sería la utilización correcta del término.

conflictual en el que uno de los derechos deberá ceder y el otro podrá llevar a cabo su ejercicio pleno; para dicho autor siempre que “dos derechos se encuentren en pugna”, prevalecerán aquellos derechos que protegen al individuo y su dignidad; es decir, aquellos derechos que satisfagan necesidades radicales del ser humano y sin las cuales peligra la integridad y existencia de la persona⁷⁶. O, a Mendoza Escalante, quien señala que, si el método de solución es la jerarquización de derechos, debe reconocerse primero que entre los derechos fundamentales existe una categorización preestablecida y como consecuencia inmediata deberá aceptarse la idea de que en un posible conflicto de derechos obviamente prevalecerá aquel derecho de mayor rango sobre uno de valoración inferior⁷⁷.

Algunos sostienen que el orden entre estos valores puede ser establecido bajo una variedad de criterios: a) a causa de la importancia de la que ostenta cada uno de estos valores, b) dependiendo del grado de restricción que se le aplicaría al derecho que alberga un determinado valor, c) a partir del nivel de trascendencia que obtenga la pérdida de un valor respecto del otro, e incluso d) por la facultad que tiene el titular del derecho fundamental para renunciar a este⁷⁸.

El problema que surgió fue determinar el criterio a utilizar para establecer el orden de prelación en que se colocarán cada uno de los derechos atribuidos a la persona, teniendo claro, que, en la cúspide de esa escala jerárquica, encontraremos los derechos/valores mejor cotizados y a medida que se vaya descendiendo escalón por escalón, en los últimos encontraremos aquellos derechos/valores menos valuados⁷⁹. Peces Barba, autor que defiende la idea de que existe una pluralidad de criterios para construir esa, tan ansiada, jerarquía entre derechos fundamentales, establece que en principio deben prevalecer aquellos derechos que protegen al individuo y su dignidad, que contribuyan al pleno desarrollo de esa dignidad, que satisfagan necesidades radicales sin las cuales peligra la integridad y existencia de las personas y que

⁷⁶ PECES-BARBA. Op. Cit., pp. 594 - 595.

⁷⁷ MENDOZA. Op. Cit., p. 83.

⁷⁸ “La determinación de la jerarquía exige, en consecuencia, establecer la importancia relativa de cada valor, lo cual puede hacerse siguiendo tres métodos complementarios (...). El primero pasa por examinar la mayor o menor restringibilidad de cada derecho en función del valor que proteja (...). El segundo método es la sustracción hipotética, que consiste en “imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y luego imaginar otro en el cual se aceptara esa y se negara otra, y así sucesivamente, para comprobar cuál pérdida es más significativa”. El último método apunta a la renunciabilidad de los derechos, pues existen valores que la moral social considera tan esenciales que no permite al de los mismos el sacrificio voluntario de ellos (...)”. SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 9.

⁷⁹ Hay quienes han postulado una jerarquía entre los derechos fundamentales: 1. derecho a la dignidad humana y sus derivados, 2. derecho a la vida y sus derivados 3. derecho a la libertad física, 4. los restantes derechos personalísimos, 5. derecho a la información, 6. derecho a la asociación, 7. restante de derechos personales y 8. derechos patrimoniales. *Ibidem*.

consecuentemente afectan el núcleo esencial de la sociedad democrática y sus estructuras jurídicas⁸⁰.

Podríamos asumir que, tal jerarquía viene preestablecida en la Constitución de cada país según el orden en que se encuentran enumerados, en el mismo texto constitucional, todos y cada uno de los derechos fundamentales⁸¹. De modo que, de presentarse una controversia entre derechos, la salida se obtendría acudiendo a la lista que aparece en la Constitución y que, al encontrarse los derechos fundamentales, enumerados de manera jerárquica, tendríamos fácil la tarea de determinar qué derecho prima por encima del otro; es decir, qué derecho prevalece, llevando a cabo su aplicación sin límite alguno y, por encima de otro derecho, que se encuentra enumerado, en la constitución, en un nivel más bajo respecto del derecho que finalmente prevalece en el conflicto.

Las constituciones, y en nuestro caso la Constitución peruana, lo que realmente hacen no es instituir una tabla o un sistema de derechos formulados gradualmente; sino que, exponen una serie de enunciados que establecen derechos fundamentales, sin que exista precepto alguno que determine el orden en que deberán ser colocados los derechos al momento de resolver un conflicto entre ellos, más que aquel mandato que somete al poder público y al resto de particulares a las disposiciones que ella establece. De modo que, definir dicha jerarquía resulta una tarea, en demasía, engorrosa, sobre todo para el aplicador del Derecho, que es quien tiene a cargo ejecutar dicha labor.

El mecanismo de solución, la jerarquización de derechos, podría ser objeto de críticas muy rápidamente. Primero, si no se tiene claro el criterio que se elige para establecer dicha categorización, porque de lo que se trataría entonces es de una escalera de valores donde cada peldaño ha sido establecido de manera intuitiva, por la elección de uno o unos pocos, y que podría devenir en incompleto, deficiente, ambiguo e incluso arbitrario. Segundo, es preciso indicar que, los derechos fundamentales no son una cobertura de determinados valores como se mencionó con anterioridad; sino que, se trata de posiciones jurídicas que el titular del derecho tiene en relación directa a bienes jurídicos que le han sido reconocidos a fin de que alcance la satisfacción de sus necesidades humanas básicas. Siendo atribuciones que radican en la persona, que es unidad en sí misma, es imposible que los bienes jurídicos asignados a ella entren en

⁸⁰ PECES - BARBA. Op. Cit., p. 595.

⁸¹ A partir del texto de nuestra constitución podríamos colocar en primer orden los derechos a la vida y dignidad de la persona, en segundo orden los derechos sociales y económicos y por último los derechos políticos. Claro está que dentro cada uno de los tres escalones indicados, se encuentra un suborden donde encontraremos a los derechos que conforman cada categoría.

conflicto; porque como se mencionó anteriormente, lo que realmente colisiona, no son los bienes jurídicos, sino las pretensiones del sujeto que surgen de su relación con otros.

El criterio de jerarquización de derechos, en la práctica, no es tan simple como parece. En base a que, según este mecanismo, la solución del conflicto entre derechos radica en recurrir a una tabla o lista donde el derecho que se encuentre señalado en primer orden siempre será superior al resto de derechos enumerados, lo que deviene en una salida bastante arbitraria, porque bajo la consigna expuesta, será un criterio que, ignorando las circunstancias en que se desenvuelven los derechos que conforman el conflicto, más que brindar una solución podría generar un problema mayor al aplicar de manera rigurosa una tabla de derechos donde siempre prevalecerá el derecho que se encuentre en la cúspide, sobre un derecho de orden inferior que, bajo determinadas circunstancias, podría justificar su prevalencia sobre un derecho de orden superior a él.

2.2. Ponderación de derechos fundamentales. La ponderación como mecanismo de solución al conflicto entre derechos fundamentales, exige, en primera instancia, una evaluación del derecho que parece infringido por el ejercicio de otro; como segundo paso, atendiendo la presencia de otros valores constitucionales así como las circunstancias que constituyen el caso concreto, se realiza un balance entre los derechos que forman parte del contexto conflictual, para finalmente determinar qué derecho/valor tiene mayor peso sobre el otro para permitir la limitación de uno por el otro, y si la afectación de este último, deviene en justificada. De acuerdo con los profesores Serna y Toller, “[e]n el *balancing*, por tanto, no se trata de que uno de los derechos sea en abstracto considerado jerárquicamente superior, sino que se parte de la colisión para decidir, contrapesando los distintos elementos (...), cuál de las dos regulaciones contrapuestas resulta más necesaria o justificada para proteger el respectivo derecho o bien”⁸².

La ponderación como mecanismo efectivo para resolver las colisiones entre derechos —principios— no demanda, únicamente, una labor discrecional de interpretación del operador jurídico, teniendo como única herramienta su propia reflexión; sino que se trata de, un proceso debidamente organizado en una serie de pasos a seguir a fin de alcanzar un razonamiento objetivo, que aplicada al conflicto brindará la solución esperada: buscando prevalecer el ejercicio de ambos derechos atiendo, siempre, a los aspectos específicos del caso concreto.

En la doctrina, hay quienes entienden proporcionalidad y ponderación como sinónimos, otros que ponderación forma parte de un método más extenso como lo es, el principio de

⁸² SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 10.

proporcionalidad; mientras que algunos sostienen que la ponderación es la operación general y la proporcionalidad aquella técnica específica que concretiza la operación general. Por ello, resulta primordial explicar en qué consiste el principio de proporcionalidad para así, exponer un concepto apropiado de ponderación.

Se entiende por principio de proporcionalidad como aquel método que ofrece una optimización de derechos, el mismo que intentará proteger el ejercicio pleno de cada derecho; limitando prudencialmente un derecho como resultado de la optimización del otro derecho inmerso en el conflicto. Hay quienes definen proporcionalidad como aquel conjunto de preceptos que deben indicar las circunstancias pertinentes por las que una norma o la decisión de un operador jurídico es válida —y por ende constitucional— para limitar un derecho fundamental y su contenido constitucionalmente protegido⁸³. Pero la razón por la que se entiende que entre las expresiones: ponderación y proporcionalidad, exista una conexión directa y profunda es que, el principio de proporcionalidad está compuesto por tres reglas: a) idoneidad, b) necesidad y c) procedimiento de ponderación⁸⁴; considerada esta última como la ponderación en sentido estricto.

A efectos didácticos, en la presente investigación, al utilizar el término ponderación, estaremos hablando de proporcionalidad en sentido estricto, considerando que el último paso para aplicar el principio de proporcionalidad es precisamente la ponderación en sí misma, donde la limitación y/o restricción de un derecho —que se da estrictamente por decisión del operador jurídico tras haber realizado toda una labor interpretativa y determinantes— será constitucional siempre que sea proporcional. En la ponderación, se busca preservar los derechos participantes del conflicto, atendiendo siempre a las circunstancias en que se lleva a cabo la controversia, aunque la consecuencia es finalmente la misma: la limitación que se hace al ejercicio de un

⁸³ Dentro de esta definición, la Doctrina también ha determinado que, la proporcionalidad cuenta con cuatro subcomponentes que hacen que la restricción al derecho fundamental sea constitucionalmente permitida:

- La limitación se realiza con el objeto de alcanzar un fin adecuado.
- Las medidas tomadas para alcanzar dicha restricción deben ir acorde a dicho fin.
- Las disposiciones establecidas deben ser aquellas por las cuales se alcanza el fin adecuado, pero generando el menor grado de restricción.
- Finalmente, la relación entre el fin y la intención de generar la menor limitación del derecho es básica al momento de lograr realmente una proporcionalidad entre el derecho que se vulnerado y las restricciones que se ejercen sobre él.

⁸⁴ MENDOZA. Op. Cit., pp. 87- 88. Respecto de estos tres subprincipios: 1.- Idoneidad: implica que la limitación del derecho es adecuada dado que, no existe otra vía que resulte más apropiada para alcanzar el mismo fin. 2.- Necesidad: requiere que la medida tomada debe ser aquella que afecte lo menos posible al derecho fundamental que se ha decidido limitar. 3.- Procedimiento de ponderación: demanda la participación del operador jurídico, pues es el encargado de ponderar los derechos fundamentales (principios) que intervienen en la controversia y determinar qué derecho será limitado, así como cuáles serán las consecuencias de esta intervención.

derecho, con la especificación de que tal restricción no resultará desequilibrada o en vano, sino proporcional.

En palabras de Barnes Vásquez, en un conflicto entre derechos fundamentales si bien ninguno de los estos cede por entero hasta desaparecer, la proporcionalidad impedirá que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o de forma desequilibrada un derecho a favor de otro⁸⁵. O desde la tesis de colisión o conflictos entre principios propuesta por Robert Alexy, se visualiza la importancia que adquiere la proporcionalidad dentro de lo que él denomina ley de ponderación⁸⁶, por la cual el operador jurídico de manera racional más no desproporcionada, establece aquel principio que prevalece frente a otro, limitando o invalidando a este último según se presenta el caso concreto.

Parte de la Doctrina peruana asume la tesis conflictivista —aquella que admite la existencia de conflictos entre derechos— y la ponderación como un criterio de solución, claramente ligada a la expresión “proporcionalidad”. La misma posición ha tomado nuestro Tribunal Constitucional, para quien el principio de proporcionalidad, como uno de los principios generales del Derecho, lleva a cabo todo un análisis del conflicto para culminar en un acto restrictivo de uno de los derechos intervinientes. Pero, la limitación o restricción no se efectúa de manera arbitraria, sino que el principio de razonabilidad y proporcionalidad constituyen límites para la actuación de nuestros operadores jurídicos al momento de determinar si es posible la afectación de un derecho y hasta qué grado llega la misma⁸⁷.

Frente a la jerarquización de derechos que implica la subsunción o pérdida de validez de uno de los derecho en conflicto, gran parte de la doctrina opta por afirmar que la ponderación llega a ser el mejor camino para obtener la solución a la colisión de derechos; dado que, está presente la participación del operador jurídico (aplicador del derecho) limitando el derecho -

⁸⁵ BARNES, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *En: Cuadernos de Derecho Público*, N° 05. España. Pp. 35-36.

⁸⁶ ROBERT. Op. Cit., p. 90. La ley de ponderación está constituida, para el autor, por tres etapas:

1. La determinación del grado de no satisfacción de uno u otro principio - derecho.
2. La determinación del grado importancia de la satisfacción de determinado principio - derecho.
3. Posterior a esas dos etapas, se debe evaluar la viabilidad y justificación de la satisfacción de un principio - derecho, y la restricción del otro.

⁸⁷ Al momento de resolver el conflicto o la colisión de derechos, resulta importante que el operador jurídico pueda contar con ciertas reglas de interpretación; y después de todo lo expuesto se podrían plantear una que otra pauta. Primero, retomando la afirmación de que hay derechos de los cuales puede prescindir su titular, de tener que cotizar cuál de los dos derechos en controversia debe prevalecer, deberá preferirse aquellos derechos que no tengan esa peculiaridad de disponibles; es decir, que no sean renunciables. Segundo, surge del planteamiento de que, entre toda la gama de derechos fundamentales hay aquellos derechos que son fundantes (vida, integridad, libertad) y otros que no poseen la misma importancia (derechos económicos, culturales); por lo que prevalecerán los primeros respecto de los otros. Tercero, el intérprete deberá anteponer aquel derecho que no permita su restricción o limitación con facilidad (ej. el derecho a la vida frente al derecho a la propiedad privada). Sin embargo, existe una pauta básica, aquella que establece que el operador jurídico, siempre, deberá preferir aquel derecho que tienda a la mayor dignidad humana para el titular del mismo.

siempre de manera proporcional, a fin de establecer cuál de los derechos participantes deberá ejercerse, habiendo sopesado las circunstancias del caso concreto así como las consecuencias que esta decisión generaría en el derecho que resultará desplazado o impedido de concretización.

En este método de solución —ponderación de derechos, tenemos que la solución a los conflictos entre derechos fundamentales, es la limitación del contenido de cada uno de estos, lo que implicaría “concebir la posibilidad jurídica de coartar el derecho desde fuera, externamente: existe el derecho, pero por algo externo— otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública, el bien común— se lo constriñe, se reduce su alcance”⁸⁸. A partir de esa premisa, es que resulta más que necesario preguntarnos por ese ámbito o contenido de los derechos fundamentales - constitucionalmente protegido que, frente a un conflicto, pretende ser limitado.

Sobre el contenido – constitucionalmente protegido - del derecho fundamental, se tiene que cada derecho viene con un contenido debidamente fijado por unos límites internos o inmanentes, y por unos límites externos. La doctrina, a partir de la teoría absoluta del contenido de los derechos fundamentales, establece aquellos límites que le son aplicables a los mismos:

- 1.- Límites internos: aquellos que derivan de aquella naturaleza que conforma el contenido esencial del derecho; mismo que no podrá ser vulnerado, afectado o restringido.
- 2.- Límites externos: aquellos que proceden del texto que reconoce y recoge el derecho, que conforman el contenido accesorio del derecho; y sobre el cual, si resulta viable imponer límites o restricciones, y bajo el cual resulta admisible reprimir el derecho. De acuerdo con Martínez Pujalte, “(...) es posible separar en todo derecho fundamental dos partes: un núcleo – que sería el contenido esencial – y una parte accesorio o no esencial. En el contenido esencial del derecho están vedadas las restricciones, mientras que, sobre el contenido accesorio o accidental sería admisible establecerlas (...)”⁸⁹.

En esa limitación del contenido de los derechos intervinientes en el conflicto, al que conlleva la ponderación o el *balancing test*, se pueden distinguir dos etapas: Primero, debe tomarse en cuenta el contenido esencialmente protegido del derecho; es decir, su contenido “literal”, aquel que se desprende de la norma que recoge el derecho y que conecta las facultades del titular, en su mayor extensión posible, con el interés individualmente protegido por el derecho mismo. De modo que, la facultad que se encuentra en tela de juicio, se considerará a priori amparada por

⁸⁸ Cfr. Desde una perspectiva conflictivista, la solución a los conflictos entre derechos fundamentales, pasa por trazar límites externos a tales derechos. Pero para Serna y Toller, en un litigio donde confluyen dos derechos fundamentales, si éste se resuelve recurriendo a una tabla pre tasada de importancia, esto significaría aceptar la primacía de un derecho jerárquicamente superior. SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 19.

⁸⁹ MARTINEZ-PUJALTE. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 48.

el derecho y, por ende, provisionalmente infringida. Segundo, se trata de establecer el contenido definitivamente protegido por el derecho y donde se encuentran presentes los límites externos que restringen el mismo. En esta última fase, las facultades del titular del derecho se confrontan con los intereses del resto de sujetos que también son titulares de derechos. Determinando finalmente, si se produjo o no injerencia y de haberse producido, si la misma, no vulnera el derecho en cuestión o si de generar una afectación ésta se encuentra debidamente justificada⁹⁰.

Considero entonces, que el criterio de ponderación, aun cuando cuenta con la participación fundamental del aplicador del derecho, quien realiza una labor interpretativa del contenido de los derechos intervinientes en el conflicto, finaliza limitando el contenido de uno a fin de preservar el ejercicio del otro. Lo que, al igual que el mecanismo anterior (jerarquización), implica una categorización de derechos; menos general, absoluta, arbitraria y radical, pero categorización, al fin y al cabo; con la única especialidad de que aparece la intervención del operador jurídico atendiendo cada caso concreto y las circunstancias en que se desenvuelve el conflicto⁹¹.

Después de analizar ambos mecanismos de solución, y considerando que todos los derechos fundamentales provienen de la naturaleza humana (misma que predica una sola unidad), estos jamás podrán ser contradictorios entre sí; y, por ende, deberán recibir la misma protección y tener la misma eficacia al momento de ser ejercidos por su titular. Resulta entonces, inaceptable que el legislador u operador jurídico pueda establecer una jerarquía de derechos o pretenda afirmar que un derecho tiene mayor importancia y/o peso frente a otro.

Asumir ello implicaría, afirmar que es posible el sacrificio de los derechos fundamentales en cuanto no existiría una real compatibilidad entre bienes humanos, planteamiento que hemos sustentado desde el primer capítulo de la presente investigación; además, la persona no podría satisfacer sus necesidades a través de la concretización de sus derechos si estos posiblemente sean anulados o sacrificados en su totalidad; por lo que, tampoco alcanzaría su pleno desarrollo, perfeccionamiento y posterior felicidad.

En palabras de Juan Cianciardo “(...) tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vértices, negativa y positiva, de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, se eclipsa su rol de límites del poder de un lado y de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover la

⁹⁰ MEDINA, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw Hill. Pp. 59-95.

⁹¹ De ahí, que a la ponderación se le conozca también como jerarquización concreta de derechos.

vigencia efectiva de los derechos fundamentales”⁹². O en palabras de Serna y Toller “(...) ambos métodos de interpretación guardan entre sí un alto grado de semejanza, pues uno de los bienes o derechos en liza puede ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente y en concreto - jerarquización y balance, respectivamente -, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto. Así, la jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* lo hace en concreto”⁹³.

En nuestro ordenamiento jurídico, y a modo de recapitulación, los derechos fundamentales se encuentran recogidos en nuestra carta magna, cada uno de ellos es objeto de un mismo rango constitucional; de forma que no recae sobre ellos jerarquía alguna, ni abstracta (jerarquización de derechos) ni concreta (ponderación de derechos). En palabras de Castillo Córdova, la jerarquización - abstracta o concreta - implica admitir las siguientes situaciones: 1) Que, una jerarquización de derechos lleva consigo una jerarquización de personas y 2) Que, la necesidad de que exista una jerarquía previa o que la misma dependa del caso concreto a resolver; ambas serían el resultado de la decisión propia y arbitraria de quien está a cargo de llevar a cabo dicha actividad⁹⁴.

Considero que la visión conflictivista de derechos, y sus posibles soluciones, no brindan precisamente un arreglo o una salida a un “conflicto entre derechos fundamentales”; sino que, por el contrario, generan desorden y hasta desequilibrio al momento de ejercer nuestros derechos. Ninguno de esos criterios de solución, garantizan al titular de los derechos fundamentales, la vigencia y posterior eficacia de cada uno de sus derechos, dentro de una sociedad y en convivencia con el resto de sujetos; puesto que, ambos mecanismos, dan lugar a que los derechos fundamentales puedan ser desplazados o sacrificados. Se hace necesaria una salida que esté libre de todos los errores o defectos detectados tanto en la jerarquización como en la ponderación de derechos. Es decir, una opción que permita la normatividad y plena vigencia de toda la constitución, así como la interpretación de ésta y cada una de sus disposiciones como la unidad sistemática que es; lo que permitiría una vigencia conjunta y armoniosa de todos los derechos⁹⁵.

⁹² CIANCIARDO. Op. Cit., pp. 120-121.

⁹³ SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 13.

⁹⁴ CASTILLO. Op. Cit., p. 332.

⁹⁵ Como bien señala el Profesor Luis Castillo, las disposiciones conflictivistas, así como los métodos que se emplean para solucionar los llamados conflictos entre derechos, producen una serie de perjuicios que las hacen criticables, rechazables, por lo que obliga a intentar una nueva formulación del significado de derechos que permitan, no el desplazamiento o imposición (proporcional o no) de un derecho sobre otro sino que por el contrario permite una vigencia conjunta y armoniosa de todos los derechos constitucionales reconocidos a la persona. *Ibíd.*, p. 333.

3. La persona como factor de solución adicional en los conflictos de derechos

Si parte de la doctrina y jurisprudencia, sea nacional o internacional, sostiene hasta la actualidad, aquella tesis que admite el conflicto entre derechos fundamentales (tesis conflictivista); y, habiéndose desvirtuado como criterios de solución a tales conflictos la jerarquización y ponderación, resulta necesario plantear una salida que no tendrá nada que ver con establecer jerarquías que restrinjan derechos o llevar a cabo balances que superpongan un derecho por encima del otro; sino por el contrario, se tratará de una salida que nos lleve a una armonización de los derechos que se encuentran en el contexto conflictual y por la cual, el ejercicio de un derecho jamás se verá limitado o anulado por el ejercicio del otro. Anteriormente, cuando mencionamos que los derechos fundamentales no entran en conflicto, sino que lo hacen los principios, indicamos también que la solución a ello va más por un tema de balance, un contrapeso entre aquellos principios que entran en conflicto y las circunstancias que envuelven el caso concreto; de ese modo, se determinaría qué principio precede al otro. Se presentan entonces situaciones en que, el principio que primaba en un caso concreto, podría no hacerlo en un litigio con circunstancias totalmente distintas. Esa relatividad que se constituye en las circunstancias o los elementos de cada caso en particular, es la que, para algunos, permite encontrar una armonía o concordia aplicable al conflicto a resolver, y por la cual unos derechos fundamentales conviven con otros, sin contraposiciones o disyuntivas⁹⁶.

De igual manera, Castillo Córdova, propone una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales como la salida más óptima y novedosa frente a esas posturas conflictivistas, que admiten la colisión entre derechos constitucionales. Según el autor citado, concebir los derechos como realidades que se contraponen entre sí y que entran en conflicto constantemente lleva admitir que, son legítimas y hasta válidas, algunas contravenciones, incluso el sacrificio y/o anulación de los derechos fundamentales. Lo que bien, atenta no sólo contra el principio de normatividad de la constitución sino también contra el principio de unidad de la misma⁹⁷.

La teoría armonizadora de los derechos constitucionales, tiene como eje central de su análisis el fundamento y finalidad de todos los derechos de la persona: la naturaleza humana

⁹⁶ CIANCIARDO. Op. Cit., p. 208.

⁹⁷ Cuando tenemos a dos derechos que entran en pugna, el dispositivo constitucional que recoge el derecho que se ve desplazado o anulado pierde su carácter normativo, por lo que bien podría entenderse que la Constitución, aun siendo nuestra norma suprema, a veces resulta aplicable y otras no; lo que se traduce en: que la Constitución no ejerce la plena vigencia de sus derechos fundamentales. Pero sumado a ello, si tenemos que el contenido de un derecho fundamental es opuesto al contenido de otro derecho fundamental, resultaría que la Constitución tiene partes que son contradictorias entre sí, lo que imposibilita que nuestra Carta Magna sea interpretada, estudiada o analizada como una unidad sistemática. CASTILLO. Op. Cit., pp. 329-330.

(persona humana) y su consecuente dignidad; ambas realidades son unidad y coherencia en sí mismas. Por lo que, lógicamente, de ella no podrán desprenderse necesidades y/o exigencias contradictorias, lo que hace imposible que los derechos fundamentales sean incompatibles entre sí y que posteriormente entren en conflicto⁹⁸.

Lo planteado tiene total justificación si recordamos lo expuesto en el primer capítulo. La naturaleza humana se manifiesta a través de distintos ámbitos o dimensiones, de las cuales se desprenden una serie de exigencias humanas que requieren ser satisfechas, razón por la que le han sido atribuidos a la persona bienes humanos para la satisfacción de dichas necesidades. Sin embargo, como ya se ha mencionado con anterioridad, esos bienes humanos atribuidos a la persona a través del reconocimiento de derechos fundamentales, no pueden entrar en conflicto; la razón de ello es que, la expresión bienes humanos refiere precisamente a un factor humano, un sujeto a quien le han sido atribuidos dichos bienes en razón de su propia naturaleza humana, aquella es esencialmente unitaria, que aun estando conformada por una variedad de dimensiones, estas son complementarias entre sí, por derivar de una radical unidad como lo es la persona humana, pues, “[l]os bienes humanos son, por definición compatible entre sí, porque son bienes todos ellos para un mismo ser: no es posible, pues, que un bien o derecho exija la lesión de otro bien o derecho”⁹⁹.

Dicho análisis, así como le es aplicable a los bienes humanos también lo será para los derechos humanos; en cuanto, éstos reconocen a favor de la persona aquellos bienes que otorgan a la persona los medios para satisfacer sus necesidades básicas; por lo que jamás podrán ser, opuestos o contrarios entre sí; porque al desprenderse, igualmente de la naturaleza humana, deberán interactuar armoniosamente, pues de lo contrario atentarían contra la naturaleza, dignidad y posterior perfeccionamiento humano.

El tan mal llamado conflicto entre derechos fundamentales, no es realmente un conflicto entre derechos, es más bien un conflicto entre pretensiones; estas últimas, no surgen de la naturaleza humana, sino más bien del interés y la voluntad del sujeto, en cuanto éstas se desprenden de una voluntad que es indeterminada, variable e incluso inimaginable, pueden coexistir de manera armónica o, por el contrario, encontrarse en conflictos constantes.

⁹⁸ Los derechos fundamentales no pueden entrar en conflicto en la medida que tiene como finalidad última favorecer el más pleno y completo desarrollo de la persona humana en todas sus dimensiones; es decir, de la persona que es unidad en sí misma jamás podrán brotar exigencias contradictorias. En palabras del Profesor Luis Castillo: “si tales derechos son efectivamente derechos humanos la única manera que tienen de existir - y de ser ejercitados - es de compatibilidad armónica entre unos y otros”. *Ibíd.*, p. 334.

⁹⁹ SERNA y TOLLER. *Op. Cit.*, p. 53.

Bajo este enfoque, resultaría viable, sin cuestionamiento alguno, que en una confrontación de pretensiones una de ellas resulte privilegiada, en supremacía de otra, la cual deberá ser postergada o, dependiendo del caso concreto, anulada/desplazada. Sobre todo, si tenemos que, a diferencia de los derechos fundamentales que coexisten armónicamente sin conformar yuxtaposición alguna, las pretensiones de las personas no, porque para cada persona la pretensión o el propósito que se pretende lograr a través del ejercicio de un derecho resulta ser una realidad cierta e incuestionable¹⁰⁰.

En el contexto, en que dos pretensiones entran en conflicto, invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, resulta hasta conveniente, aplicar como criterio de solución el *balancing test*; porque teniendo en cuenta las circunstancias que configuran el caso concreto se buscará otorgar a cada sujeto, el ejercicio de las pretensiones que en base a su derecho, le corresponden; es decir, determinar la pretensión que debe ser alcanzada y establecer aquella que deberá ser desplazada y/o anulada. Efecto muy distinto, era el alcanzado cuando el balance se utilizaba en un aparente conflicto entre derechos, porque el resultado descrito era aplicado a derechos fundamentales, donde uno de ellos se aplicaba o concretiza mientras que el otro resultaba limitado e incluso anulado.

La persona, un ser que por naturaleza tiende a la perfección a través del ejercicio de sus derechos fundamentales a fin de satisfacer sus necesidades; puede aspirar a más de lo que el ordenamiento jurídico y el derecho mismo le otorgan. En ese contexto, resulta obvio verificar que lo que realmente constituye un conflicto no son los derechos sino las pretensiones que, si bien encuentran su sustento en la invocación de un derecho fundamental, estas van más allá del contenido esencialmente protegido del derecho invocado. En palabras de Castillo Córdova “(...) los conflictos no se dan - no se pueden dar - entre derechos fundamentales o derechos constitucionales, sino que se verificarán a nivel de las pretensiones de las partes que, enfrentadas en un litigio, invoca cada una de ellas un derecho fundamental diferente, como basamento o justificación de su pretensión o interés”¹⁰¹.

No se podría exigir la protección de un derecho fundamental si aquello que pretendo proteger no forma parte del contenido del mismo; sino que, se trataría más bien, de la concretización de un interés que busco disfrazarlo alegando que se trata del ejercicio legítimo de un derecho. Lo descrito sucede hoy en día muy a menudo, en cuanto las personas ya no ejercen sus derechos porque su naturaleza lo exija, o porque obtendrán grados de

¹⁰⁰ OLLERO, A. (1989). *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. P. 155.

¹⁰¹ CASTILLO. Op. Cit., p. 339.

perfeccionamiento y por tanto grados de felicidad; sino, porque los hombres de hoy, en la sociedad materialista en la que se desenvuelven, optan por buscar más de lo que les corresponde, ir más allá de lo que les ha sido conferido a través de sus derechos fundamentales.

Esa mentalidad liberal y despreocupada del resto aleja al ser humano de un comportamiento prudente, inteligente y sujeto a derecho; generando en las personas esas ansías de siempre querer más. Por ejemplo, tenemos a un sujeto que, con pleno conocimiento de lo aquello a lo que su derecho le faculta, y pudiendo obtener un beneficio mayor si lleva a cabo un ejercicio extralimitado de su derecho, no dudará en actuar conforme a lo que le resulte más beneficioso o conveniente. Así, tenemos que nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 02 establece que toda persona tiene derecho a:

Inciso 4: “A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

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

El primero de ellos faculta al sujeto (A) a emitir opiniones, difundir información o expresar su pensamiento a través de cualquier medio de comunicación social, sin que medie previa autorización o impedimento alguno. Sin embargo, el segundo derecho faculta al sujeto (B) a mantener la información personal y familiar dentro del ámbito de su intimidad, así como a conservar su honor y buena reputación. En ese contexto, el sujeto (A) tiene pleno conocimiento que el ejercicio de su derecho no puede consistir en expresar opiniones o difundir información que afecte el derecho del sujeto (B) reconocido en el artículo 2 inciso 7 de nuestra constitución; es decir, que atente o afecte la intimidad personal o familiar del sujeto (B) (ej. sobre las preferencias sexuales o comportamientos inmorales de este). Sin embargo, si el sujeto (A), tiene conocimiento de que llevar a cabo dicha pretensión (publicación de información del sujeto (B) le brindará beneficios económicos (dinero), o profesionales (ascenso en el trabajo), etc., dependerá únicamente de la decisión, voluntad del sujeto (A) si actúa conforme a derecho o no.

De esa forma, en cuanto la concretización de las pretensiones se dé dentro de los parámetros que el contenido mismo del derecho concede, no existirá conflicto o controversia alguna; pero si el sujeto decide ir más allá, con intereses que superan lo conferido por el derecho constitucionalmente reconocido, no se tratará entonces de derechos fundamentales o disposiciones constitucionales que se oponen entre sí, o de una labor de restricción del operador

jurídico que ha vulnerado un derecho fundamental; sino únicamente de pretensiones que, por surgir de la voluntad humana e ir más allá de lo permitido, se contraponen a bienes que realmente deben ser protegidos a través de derechos fundamentales y por la labor que efectúan nuestros legisladores.

Habiendo aclarado que, no se trata de conflictos entre derechos fundamentales, sino de controversias entre pretensiones, el operador jurídico, al momento de resolver tales litigios, deberá tener en cuenta varios factores:

- 1.- El contenido protegido del derecho fundamental y para ello, deberá hacerlo reconociendo que los derechos de la persona conviven armoniosamente entre sí, porque brotan de una sola naturaleza – humana, que es unidad y coherencia en sí misma.
- 2.- Asumir que deberá realizar una labor de interpretación unitaria y metódica de las disposiciones constitucionales para llegar a una decisión dirigida a salvaguardar la dignidad de la persona sin que medie vulneración, sacrificio o anulación de algún derecho fundamental. Lo que bien se conoce como el principio de unidad y coherencia constitucional, mismo que obliga a interpretar los distintos dispositivos constitucionales que reconocen derechos fundamentales de una manera sistemática y unitaria¹⁰².
- 3.- Que su labor interpretativa, lleva directamente a una labor de delimitación del contenido de los derechos que se encuentran aparentemente en conflicto – se trata realmente de un conflicto de pretensiones, de ese modo, atendiendo las circunstancias que componen el caso concreto, se establecerán aquellas acciones que se encuentran dentro del contenido de los derechos invocados, y por ende son merecedoras de la protección que el derecho otorga.

En esa labor de delimitación del contenido de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta las distintas normas que regulan materia de derechos fundamentales, que claro está deben ajustarse a la constitución misma, lo establecido por las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, pero sobre todo las circunstancias del caso concreto. Serán estas circunstancias que constituyen el conflicto a resolver, las que determinen si la conducta que pretendo ejercer es parte del contenido del derecho invocado y por ende es objeto de protección constitucional: “(...) delimitar en un caso concreto el contenido constitucional de un derecho fundamental,

¹⁰² “Es decir, si alguna duda cabía sobre la viabilidad de lograr una interpretación unitaria y armoniosa de todas las partes de la Constitución, (...) esa duda queda despejada totalmente cuando se recuerda nuevamente que el hombre se encuentra detrás de los derechos. Esa particular situación hace la interpretación unitaria y armoniosa sea realmente posible e impostergable especialmente para cuando se trata de dispositivos constitucionales que reconocen derechos”. Este entendimiento, constituye otro fundamento por el cual se rechaza la posibilidad de que los derechos fundamentales entren en conflicto. *Ibíd.*, p. 342.

significa en definitiva preguntarse si una concreta acción tiene o no cobertura constitucional por ser producto o no del ejercicio legítimo del derecho fundamental invocado(...)"¹⁰³.



¹⁰³ *Ibíd.*, p. 347.

Capítulo 3

Jurisprudencia nacional y supranacional sobre conflictos de derechos

1. Presentación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano

Resulta esencial, en todo ordenamiento jurídico, el reconocimiento positivo-jurídico de los derechos fundamentales, y en nuestro caso —como en la mayoría de países a nivel mundial— éste viene otorgado a través de nuestra Carta Magna: constitución. Ese reconocimiento, trae consigo que, todo derecho fundamental sea a su vez derecho constitucional; debiendo realizar la siguiente apreciación: que serán derechos constitucionales no sólo aquellos que se encuentran expresamente contemplados en la Constitución, sino que, por disposición de la misma norma constitucional¹⁰⁴, lo serán también, todos aquellos derechos que, deriven del mismo fundamento de origen: la naturaleza y dignidad humana.

Habíamos señalado en los capítulos precedentes que, los derechos fundamentales encuentran el sustento a su existencia y posterior reconocimiento en la naturaleza humana, y que tiene como fin máximo, permitir el desarrollo y perfeccionamiento de la persona en sociedad; ello como base o sustento de todo ordenamiento jurídico eficaz, democrático y respetuoso de los bienes supremos para la persona humana y su desenvolvimiento: los derechos fundamentales.

Y nuestro Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de nuestra Constitución, no puede ni es indiferente a lo descrito en el párrafo precedente, cuando, en lo respecta al fundamento de los derechos, señala que: “(...) [e]l concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento y, es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad, todas sus potencialidades”¹⁰⁵. En ese sentido, el respeto por los derechos fundamentales, para nuestro TCp, constituye la regla máxima que debe regir a un Estado, a fin de garantizar los derechos de las personas frente a posibles afectaciones que se puedan derivar de presuntos

¹⁰⁴ El artículo 01 de nuestra Constitución Política, reconocer a la dignidad humana como el presupuesto jurídico de cada derecho fundamental; y, como se mencionó anteriormente, en su texto se puede encontrar la enumeración de la mayor parte de nuestros derechos fundamentales, pero estableciendo la misma constitución en su artículo 03, que dicha lista que no excluye el restante de derechos fundamentales (sociales, económicos, etc.), ni otros de naturaleza similar o que tienen como fundamento de existencia la dignidad humana.

¹⁰⁵ EXP. N°. 1417-2005-AA/TC. Op. Cit., fundamentos 2, 3 y 4.

“conflictos” con el Estado y el resto de ciudadanos, con los que el sujeto se encuentra en convivencia permanente¹⁰⁶.

En esa misma línea, nuestro Tribunal, en lo que se refiere a ese mencionado reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales considera que, éste les otorga a las personas, titulares de los derechos, la facultad de exigir el ejercicio y posterior protección de los mismos, configurando un límite para el accionar del Estado y de los propios particulares; porque tanto el Estado como cada uno de los ciudadanos, deberán respetar la naturaleza y dignidad humana, por ser éstas, fundamento o esencia para la existencia, reconocimiento y protección de cada derecho fundamental e instalando el respeto a la dignidad humana en el fin supremo de toda la sociedad y el Estado. Adicionalmente, afirma aquello indicado previamente: que no sólo son derechos constitucionales, aquellos enumerados de forma explícita a lo largo de la norma constitucional, sino que existe una enumeración abierta de tales derechos, siempre que surjan de la dignidad del hombre y bajo la mirada de los principios de todo Estado democrático¹⁰⁷.

En lo que respecta al denominado conflicto entre derechos fundamentales, antes de exponer la postura que asume el máximo intérprete de nuestra constitución a través de cada una de sus sentencias sobre dicho contexto conflictual, resulta oportuno recordar que, frente a las posturas conflictivistas, que admiten la existencia de conflictos entre “derechos fundamentales”, tal como se expuso anteriormente, la doctrina acoge dos posibles soluciones:

- a) La jerarquización de derechos fundamentales. - Bajo este concepto existen derechos fundamentales jerárquicamente superiores a otros, o derechos y libertades que se encuentra en una posición preferente. La supremacía o la preponderancia de un derecho por encima de otro dependerá de una categorización realizada previamente, la misma que determinará la importancia que cada uno de los derechos tiene dentro del contexto conflictual según la ubicación que cada derecho posea dentro de la escala de jerarquización preestablecida. En algunos países, el criterio de categorización proviene de sentencias que conforman la jurisprudencia nacional e internacional, por las cuales, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión ocupa una posición superior frente a otros derechos¹⁰⁸.

¹⁰⁶ “En el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que puedan provenir tanto del propio Estado (eficacia vertical) como particulares (eficacia horizontal) (...)”. Tribunal Constitucional Peruano. (2018). EXP. N°. 1643-2014-AA/TC. Sentencia del 14 de Agosto del 2018. Fundamento 21.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ CASTILLO. Op. Cit., p. 326.

b) La ponderación de derechos fundamentales. - Método de solución por el cual se sopesan los derechos o los bienes jurídicos que tales derechos protegen, balance que se realiza bajo el análisis de las circunstancias que conforman el caso concreto, y por las cuales se determinará qué derecho pesa más en el caso a resolver y cuál de ellos deberá ser desplazado¹⁰⁹. Lo importante no es que, al igual que el criterio anterior, un derecho prevalece por encima del otro, sino que, son las circunstancias del caso las que establecen el derecho que mantendrá su ejercicio y aquel derecho que se verá anulado por completo. De modo que, no se trata de una categorización previamente establecida, sino que la solución aplicable a un caso, bajo circunstancias distintas, variará¹¹⁰.

Aunque, hay quienes optan por un mejor recurso para resolver los aparentes conflictos que surgen entre los derechos fundamentales, técnica de solución que no se sustenta en un establecimiento de jerarquías o ponderación de derechos, criterios por los cuales unos derechos terminaban cediendo frente a otros; sino que dicho recurso resulta ser la denominada teoría de la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales. Planteamiento de solución novedoso que busca establecer una armonía entre los derechos que, aparentemente, se encuentran en pugna; y de ese modo evitar que el ejercicio de cada uno de esos derechos se vea anulado o disminuido; lo que se lograría a través de la interpretación de los derechos fundamentales; que como se mencionó en los capítulos precedentes, se corresponde a lo que se conoce como la delimitación y/o determinación del contenido del derecho fundamental.

Respecto a esa armonía entre los derechos fundamentales a la que nos referimos, nuestro TCp entiende que de lo que se trataría es de encontrar esa compatibilidad entre el contenido de cada uno de los derechos fundamentales que conforman la controversia, de modo que se encuentre una solución al presunto conflicto sin que ello signifique que el ejercicio de un derecho se vea frustrado o anulado¹¹¹. Tal como se había señalado anteriormente, la teoría armonizadora de los derechos lleva consigo una labor de determinación del contenido del derecho fundamental lo que implica reconocer que cada derecho tiene sus límites internos, por identificar la finalidad por la cual fue reconocido el derecho y el bien jurídico que busca proteger a través de ese reconocimiento constitucional.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 327.

¹¹¹ “(...) [s]e trata, pues, de buscar las formas de compatibilidad que respeten el núcleo esencial de cada uno de los derechos, solucionando del modo más ajustado posible la controversia y evitando que se vea frustrado el ejercicio legítimo de alguno de ellos”. Y, “ello sólo es posible si se conciben los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas sino como facultades orientadas por un determinado fin (...)”. SERNA y TOLLER. *Op. Cit.*, pp. 41-42.

Sin embargo, el TCp cuando se trata de referirse a la posible delimitación del contenido de un derecho, parte por aludir que todo derecho fundamental tiene un contenido esencial, un núcleo mínimo e irreductible, mismo que deviene en indisponible para el legislador en la medida que no puede afectar el derecho mismo porque eso significaría que éste perdería la naturaleza que lo fundamenta¹¹², para continuar su argumentación sosteniendo que: “(...) el contenido esencial se delimita desde el bien humano protegido por el derecho, esto es, desde la finalidad del derecho mismo. Lo que sucede es que, en virtud del concepto de bien humano y de derecho (...), éstos incluyen necesariamente, para ser tales, la armonización y el ajustamiento - no restricción - con otros bienes igualmente humanos y con pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos”¹¹³. Aseveraciones por la cuales, podemos identificar que el TCp en lo que respecta al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, acoge la doctrina absoluta del contenido esencial de los mismos; sobre todo cuando afirma que: “(...) el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo e irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”¹¹⁴.

Tenemos entonces que, la teoría armonizadora de los derechos fundamentales afirma que los derechos coexisten armoniosamente entre sí, de forma que el contenido de un derecho no puede delimitarse plenamente sin que se tenga en cuenta la protección, que resulta necesaria en el restante de derechos fundamentales; pues el ejercicio de un derecho específico puede interferir en la concretización del resto de derechos. Por ejemplo, el contenido del derecho a la libertad de expresión debe delimitarse en virtud del bien y el fin que intenta proteger (una manifestación de pensamiento u opinión de manera libre y sin interferencias), pero teniendo en cuenta y respetando aquellos bienes jurídicos que pueden verse afectados con su ejercicio: la vida, intimidad y honor de otros sujetos, que también son titulares de derechos. Sin embargo, la teoría expuesta no utiliza la expresión “contenido esencial” del derecho fundamental, como si lo hace nuestro TCp, porque la doctrina que sostiene este planteamiento armonizador, entiende que el contenido de un derecho fundamental es uno solo porque la naturaleza de la que se desprenden es una e indivisible, de modo que el contenido de un derecho fundamental no se puede dividir en “esencial” (contenido irreductible) y “no esencial” (contenido que puede ser

¹¹² “El contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad”. Tribunal Constitucional Peruano. (2011). EXP. N°. 03850-2011-AA/TC. Sentencia del 24 de Octubre del 2011. Fundamento 03.

¹¹³ SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 48.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional Peruano. (2001). EXP. N°. 01122-2000-AA/TC. Sentencia del 14 de Marzo del 2001. Fundamento 2.

objeto de posibles restricciones); de esa forma, el contenido de un derecho fundamental es una unidad, un todo que no admite limitación, restricción o vulneración alguna.

De lo expuesto, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional, acoge la tesis conflictivista, no sólo en la medida que emplea terminología o expresiones propias de la tesis en mención como, por ejemplo: “conflicto de derechos”, “conflictos entre bienes constitucionales”, “ponderación de derechos y/o bienes constitucionales”, “principio de proporcionalidad”, “limitación del contenido del derecho”, “restricción del derecho”, etc.; sino porque frente al reconocimiento de la existencia de “conflictos” entre derechos constitucionales afirma que existe la necesidad de determinar aquellos límites que le son aplicables a todos y cada uno de los derechos fundamentales. De ahí que, el TCp, realice todo un análisis de las circunstancias que envuelven el caso concreto y establezca los límites a los que se someterán los derechos que forman parte del conflicto a fin de obtener la mejor solución a aplicar en el litigio a resolver. Labor que se efectuará no sólo partiendo del texto literal de nuestra Carta Magna; sino acudiendo a su vez, a otros instrumentos jurídicos como, por ejemplo, las disposiciones internacionales que se refieran a derechos fundamentales.

Ahora bien, nuestro Tribunal en la búsqueda de la solución idónea ante un presunto conflicto de derechos, entiende que el legislador se encuentra facultado para imponer, sobre el contenido de los derechos dentro de un contexto conflictual, límites o restricciones¹¹⁵; aun cuando advierta que la restricción a efectuarse no debe desnaturalizar el derecho mismo: “(...) el Tribunal Constitucional concibe el contenido de los derechos fundamentales como una realidad que tiende a expandirse ilimitadamente, pero debido a las necesidades de convivencia humana, el legislador (...) estaba habilitado, (...) no sólo para limitar sino también para restringir el contenido del derecho¹¹⁶. Sin embargo, este Colegiado realiza una puntualización, que la restricción que se realice sobre el contenido del derecho no puede desnaturalizarlo: “(...) todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo”¹¹⁷.

¹¹⁵ “(...) [a] legislador incumbe, en efecto, ponderar los diferentes derechos y bienes constitucionales en conflicto, y establecer, con carácter general, los principios y reglas conforme a los cuales se deberán resolver las controversias (...)”. Tribunal Constitucional Peruano. (2004). EXP. N°. 0858-2003-AA/TC. Sentencia del 24 de Marzo del 2004. Fundamento 14.

¹¹⁶ CASTILLO. *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los Derechos Fundamentales...* Op. Cit., p. 4.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional Peruano. (2002). EXP. N°. 0905-2001-AA/TC. Sentencia del 14 de Agosto del 2002. Fundamento 14.

Cabe puntualizar que, el hecho de que para el Tribunal Constitucional Peruano el contenido del derecho fundamental sea una realidad que pueda extenderse de manera ilimitada y que requiera de limitaciones, no significa, bajo ninguna circunstancia, que los derechos fundamentales en sí mismos son ilimitados y absolutos; el mismo Tribunal realiza esa especificación: “(...) no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos (...), toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado”¹¹⁸. Y en lo que se refiere a esa labor de determinación del contenido constitucionalmente protegido del derecho efectuada por el legislador, cabe advertir que, ésta no faculta o autoriza realmente al legislador para interferir en el derecho, hasta el punto de limitar y restringir su contenido, como lo ha propuesto nuestro Tribunal; primero porque ello trae consigo el riesgo de que la limitación o restricción sea tal que llegue hasta el punto de desnaturalizar el derecho. Y, segundo porque la labor del legislador a la que se refiere el TCp, como ya se ha expuesto en los capítulos precedentes, en lo que consiste es en establecer la concretización del contenido mismo de cada uno de los derechos fundamentales parte de la controversia y de ese modo establecer si la conducta alegada por un sujeto titular de uno de estos derechos, conforma realmente el contorno o el perfil del derecho invocado y, de ese modo, proceder a brindar la protección de la que es merecedora el derecho en cuestión.

Tenemos entonces que, para nuestro TC, todo derecho está conformado por dos esferas; la primera entendida como ese contenido esencial - núcleo, mismo que es permanente y que jamás será objeto de alguna limitación; y la otra, es ese contenido no esencial – accesorio, entendido como aquella esfera que rodea ese núcleo irreductible y en el cual las intromisiones del legislador, restringiendo el derecho resultan inevitables, siempre que estas se encuentren debidamente justificadas. Y donde los límites a los que se encuentra sometido el contenido no esencial del derecho son: 1.- Límites intrínsecos - internos: aquellos que se deducen de la propia naturaleza y configuración del derecho; y 2.- Límites extrínsecos - externos: aquellos que se fundamentan en la necesidad de proteger y preservar otros bienes, valores constitucionales; límites que siempre deberán ser aplicados de manera proporcional.

Mientras en la presente investigación encontramos más idóneo afirmar que, por su propia naturaleza o por la convivencia en que se ven inmersos los titulares de los derechos fundamentales, éstos tienden a ejercerse de manera ilimitada y constituir un conflicto de

¹¹⁸ Para nuestro Tribunal Constitucional Peruano, no es posible hablar de derechos absolutos, en cuanto del texto de nuestra constitución no podremos encontrar jamás, una disposición que garantice el ejercicio ilimitado de los derechos fundamentales. Tribunal Constitucional Peruano. (2004). EXP. N°. 02465-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de Octubre del 2004. Fundamento 16.

intereses o pretensiones al momento de su concretización; el TCp opta por admitir la existencia de “conflictos” pero entre “derechos fundamentales” y, por ende, la necesaria limitación o restricción del contenido de tales derechos. En palabras de Castillo Córdova “(...) el Supremo intérprete de la Constitución ha admitido la teoría conflictivista con relación a los derechos fundamentales. No otra cosa se puede concluir de la afirmación del Tribunal Constitucional en la que establece que los límites (externos) de los derechos fundamentales pueden ser fruto del conflicto entre un derecho constitucional y uno o más derechos constitucionales, del conflicto entre un derecho constitucional y uno o varios bienes jurídicos constitucionales”¹¹⁹.

Frente a este presunto conflicto entre derechos fundamentales, el TCp, no ha optado por una solución de aplicación general en todos los casos resueltos; dado que, entre la jerarquización de derechos (abstracta) y la ponderación de derechos (concreta), el TC, aunque ha preferido en principio, rechazar de manera tajante que exista realmente esa jerarquía entre derechos fundamentales; en algunos casos, ha preferido hablar de una ponderación de derechos o bienes constitucionales, sosteniendo que “(...) es función de los respectivos órganos estatales competentes, ponderar entre los diferentes derechos fundamentales que se contraponen entre sí y atender a las consecuencias negativas que podría tener una determinada forma de cumplir con el deber de protección”¹²⁰. Y en otros casos a resolver, nuestro máximo intérprete opta por referirse a la doctrina de los “derechos o libertades preferidas”; planteamiento que surge en el Derecho norteamericano y sobre todo a partir de la variada casuística en que se encuentra presente el derecho de acceso a la información pública, y según la cual este derecho reconocido en el inciso 05 del artículo 2 de nuestra constitución, ostenta una posición de preferencia respecto de otros derechos, pues, “[e]n el mismo horizonte teórico y compartiendo un origen común, se sitúa (...) la doctrina de los *preferred rights o preferred freedoms* – derechos o libertades preferidos (...). Entre tales libertades se encuentran las libertades de expresión y de prensa, primeras consideradas “preferidas” en el orden cronológico”¹²¹.

Si bien nuestro Tribunal Constitucional asume la doctrina expuesta, sostiene que la condición de libertad preferida de un derecho en específico, como puede ser el derecho de acceso a la información pública, no implica que exista una jerarquización preestablecida de los derechos que se encuentran reconocido en la constitución; y, que en la cima de dicha escala se encuentre este derecho y otros análogos: “(...) respecto de las libertades de información y expresión, a juicio del Tribunal, (...) éste tiene la condición de libertad preferida. Esta condición

¹¹⁹ CASTILLO. Op. Cit., pp. 5-6.

¹²⁰ Exp. N° 0858-2003-AA/TC... Op. Cit., fundamento 14.

¹²¹ SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 15.

(...) no quiere decir que al interior de la Constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales que ella reconoce, en la cúspide del cual se encuentre o pueda encontrarse el derecho de acceso a la información u otros derechos que cuentan igualmente con idéntica condición. Y, en ese sentido, que una colisión de éste con otros derechos fundamentales se resuelva en abstracto, haciendo prevalecer al que tiene la condición de libertad preferida”¹²².

La postura de nuestro TC, se mantiene en rechazar una posible jerarquía (sea concreta o abstracta) entre derechos fundamentales, para resolver los “conflictos” que entre ellos surjan; porque para dicho Tribunal “[t]odos los derechos constitucionales tienen, formalmente, la misma jerarquía, por ser derechos constitucionales”¹²³. Sin embargo, sigue utilizando y, como ya se mencionó, no como único criterio de solución al contexto conflictivista a la ponderación de los derechos y bienes constitucionales participantes en el conflicto, “[d]e ahí que, ante una colisión entre ellos, la solución del problema no consiste en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica”¹²⁴.

La postura expuesta, trae consigo una idea ya planteada por el Tribunal, el operador jurídico es el encargado de realizar la ponderación correspondiente y de ser necesario imponer una serie de limitaciones o afectaciones sobre el contenido de los derechos, mismas que deberán admitirse, en principio, como constitucionalmente válidas. Reparando dicho Colegiado en indicar que, aquella intervención por parte de los órganos competentes, si bien se debe llevar a cabo sobre los alcances del derecho, deberá estar dirigida a preservar el contenido esencial del mismo. El operador jurídico debe conseguir una solución que lleve a la aplicación de los derechos que constituyen el conflicto, buscando de esa manera que, no se efectúe el avasallamiento de un derecho sobre el otro arbitrariamente. De forma que, que todo derecho podrá y deberá ser limitado solo en forma razonable y proporcional, pero jamás hasta desnaturalizarlo o eliminarlo¹²⁵.

Dentro de la tesis conflictivista, y en concreto, dentro de la ponderación como criterio de solución; aparecen con mucha frecuencia las expresiones: razonabilidad y proporcionalidad; respecto de las cuales, concluimos que la ponderación era la concretización del principio de proporcionalidad en sí mismo; mientras que nuestro máximo órgano de interpretación encuentra

¹²² Tribunal Constitucional Peruano. (2003). EXP. N°. 1797-2002-HD/TC. Sentencia del 29 de Enero del 2003. Fundamento 11.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ RUBIO, M., EGUIGUREN, F. y BERNALES, E. (2003). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUC. P. 32.

que, “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios (...)”¹²⁶. En este sentido, para nuestro TC, el principio de razonabilidad se trata de una valoración que se concluye de todo un análisis que realiza el legislador del caso concreto, mientras que el principio de proporcionalidad resulta ser ese procedimiento de evaluación que lleva a cabo el operador jurídico para llegar a una decisión, mismo que se efectúa a través de tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

En lo que respecta a la posición asumida por nuestro Tribunal Constitucional sobre los conflictos entre derechos fundamentales, a modo de ejemplo, expondremos el “conflicto” en el que incurre el derecho de acceso a la información frente al secreto bancario¹²⁷; ambos reconocidos en el inciso 05 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, “[t]oda persona tiene derecho: (...) 5.- A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado”.

Es decir, el derecho de acceso a la información pública faculta a su titular, sin que se exprese fundamento o causa, a solicitar y acceder a la información de cualquier entidad pública; sobre este derecho, nuestro TC ha señalado que el derecho de acceso a la información pública está constituido por una doble dimensión: a) Individual. – se trata de un derecho por el cual nadie puede verse impedido de acceder a la información que mantengan los organismos del Estado, salvo en casos establecidos explícitamente en la norma¹²⁸; y, b) Colectiva. – mediante la cual

¹²⁶ Tribunal Constitucional Peruano. (2004). EXP. N°. 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de Octubre del 2004. Fundamento 15

¹²⁷ Azaustre Fernández afirma que dos elementos que conforman el secreto bancario son: 1.- subjetivo (los sujetos de la relación bancaria: activo, el cliente del Banco; y pasivo, la entidad financiera) y 2.- objetivo (datos que se encuentran protegidos por el secreto). AZAUSTRE, M. (2001). *El Secreto Bancario*. Barcelona: Editorial JM Bosch Editor. P. 33.

¹²⁸ “[e]l derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho subjetivo de carácter individual en virtud del cual se garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que las que se han previsto como constitucionalmente legítimas. Mediante dicho derecho, desde luego, no sólo se garantiza dicha esfera subjetiva, sino también se posibilita que puedan ejercerse otros derechos fundamentales, como la libertad de investigación científica, la libertad de opinión o expresión, etc., que requieren de aquél, pues, en ciertas ocasiones, el derecho de acceso a la información pública se presenta también como un presupuesto o medio para el ejercicio de otros derechos fundamentales. En este sentido, el

toda persona tiene garantizada esa facultad de recibir la información que posibilite la formación de una opinión pública; la misma que se convierte en un bien que deberá estar a disposición o al alcance de cualquier individuo¹²⁹.

Sin embargo, el inciso 05 del mismo artículo 2 de nuestra constitución, identifica como un límite al ejercicio del derecho de acceso a la información tanto, la reserva tributaria como el secreto bancario; los mismos que, sólo dejarán de constituir un freno del derecho en cuestión, cuando estemos frente a los casos de excepción señalados en el mismo artículo de la citada norma: a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

El secreto bancario, para El Profesor Traverso¹³⁰, constituye un régimen aplicable a las relaciones entre una institución bancaria y sus clientes, que se caracteriza por la obligación de confidencialidad de aquella sobre las informaciones que sus clientes le proporcionan. Si bien, los orígenes del secreto bancario se remontan a los de la misma banca, fueron la costumbre y el contrato quienes delinearon originalmente su naturaleza, amparándose luego bajo la protección del secreto profesional, pues, al tener conocimiento de la información personal de sus clientes, el banquero asumió el deber de proteger dichos datos. Sin embargo, la información protegida por el secreto bancario no sólo está referida a aquella de carácter económico financiero, sino que cobija otros ámbitos de la vida privada, al guardar por ejemplo los hábitos de consumo de los clientes del banco, datos personales, etc.; por ello, actualmente la corriente más extendida encuentra el fundamento de la protección a los datos que corresponden a los clientes y a la entidad financiera, en el derecho a la intimidad. Para nuestro Tribunal Constitucional, “(...) la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario, busca asegurar la reserva o confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier

derecho de acceso a la información pública, además de ser un derecho subjetivo, es también un derecho relacional”. EXP. N° 1797-2002-HD/TC... Op. Cit., fundamento 10.

¹²⁹ “[e]n segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene también una dimensión colectiva, vinculada a las exigencias mínimas que se desprenden del principio democrático, mediante el cual se garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna que posibilite la formación libre y racional de la opinión pública, presupuesto de una sociedad democrática, basada en el pluralismo. Así, la información sobre la manera como se maneja la res pública, termina convirtiéndose en un auténtico bien de dominio público o colectivo, que tiene que estar al alcance de cualquier individuo, a fin de que los principios de publicidad y transparencia, en los cuales se sustenta el régimen republicano de gobierno, puedan alcanzar toda su efectividad. De ahí que este Tribunal haya señalado que la publicidad en la actuación de los poderes públicos debe necesariamente entenderse a modo de regla general, en tanto que el secreto o lo oculto es la excepción en los casos constitucionalmente tolerados”. *Ibíd.*, fundamento 11.

¹³⁰ TRAVERSO, C. El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional. *En: Revista IUS ET VERITAS*, N° 47. Pp. 319 - 320.

ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero. En ese sentido, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras”¹³¹.

De este modo, desde la propuesta por nuestro TC, queda sustentado que el secreto bancario forma parte del contenido del derecho a la intimidad personal; mismo por el que el titular de dicho derecho puede llevar a cabo los actos que crea correspondiente a fin de impedir injerencias en aquella zona privada que es ajena de conocimiento y actuaciones por parte de los demás sujetos¹³². Si bien, el ejercicio del derecho a la intimidad personal no implica mantener en absoluta reversa toda aquella información que corresponde a la vida personal e íntima, existirán algunos datos que por razones de orden público se podrán obtener accediendo a un sistema de datos (por ejemplo, aquellos datos personales que se encuentra en las historias clínicas, etc.); por ello para nuestro TC, resulta necesario que nuestra Constitución establezca cuáles serán aquellos casos en que la información objeto de la vida íntima y personal de un sujeto constituyan un límite o freno al ejercicio del derecho de acceso a la información¹³³.

En virtud de lo indicado previamente, se concluye que, para el TCp el secreto bancario forma parte del derecho a la intimidad personal invocado por su titular, enfatizando dos ideas importantes:

1. Que, al secreto bancario, como parte del contenido derecho a la intimidad, le resultarán aplicables restricciones¹³⁴, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad

¹³¹ Tribunal Constitucional Peruano. (2004). EXP. N°. 1219-2003-HD/TC. Sentencia del 29 de Enero del 2004. Fundamento 09.

¹³² “Por el derecho a la intimidad personal, el titular del derecho puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social”. Tribunal Constitucional Peruano. (2005). EXP. N°. 6712-2005-HC/TC. Sentencia del 17 de Octubre del 2005. Fundamento 39.

¹³³ “Empero, el derecho a la intimidad no importa, per se, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (ej. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituya una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución”. Tribunal Constitucional Peruano. (2004). EXP. N°. 0004-2004-AI/TC. Sentencia del 21 de Setiembre del 2004. Fundamento 36.

¹³⁴ “Las afectaciones al secreto bancario, serán solo aquellas que conllevan, en sí mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima del individuo, mas no aquellas que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirvan para fines constitucionalmente legítimos, tales como el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la Administración Tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente”. *Ibíd.*, fundamento 39.

y proporcionalidad; limitaciones que para el TCp resultan aplicables tanto a los entes financieros y bancarios, como a la misma Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)¹³⁵.

2. Que, el secreto bancario, siendo parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, no compone el contenido esencial del derecho fundamental indicado y esto por tres razones: a) el contenido esencial del derecho a la intimidad se refiere a aquel ámbito protegido del derecho cuya injerencia pública implica una excesiva afectación psicológica en el individuo, b) la privacidad económica dentro del mencionado contenido significaría la imposición de obstáculos irracionales en la persecución de delitos económicos, y, c) el mismo constituyente ha establecido la posibilidad de que el derecho de acceso a la información se vea limitado por el secreto bancario (inciso 05 del artículo 02 de la CP)¹³⁶.

Si visualizamos el “conflicto” que implica tener, por un lado, aquel sujeto que requiere la aplicación y tutela de su derecho de acceso a la información y por el otro, tener al titular del derecho a la intimidad que bajo el ejercicio de la figura jurídica que representa el secreto bancario, exige la protección del contenido de su derecho; nuestro máximo intérprete de la constitución, entiende que:

1. Respecto del derecho fundamental a la intimidad, cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido no esencial)¹³⁷. Postura que, al aplicarse al derecho a la intimidad, le es igualmente aplicable al restante de derechos fundamentales, en virtud de la teoría absoluta de los derechos fundamentales que asume

¹³⁵ “La efectividad de ese derecho a la intimidad financiera y bancaria impone obligaciones de diversa clase a quienes tienen acceso, por la naturaleza de la función y servicio que prestan, a ese tipo de información. En primer lugar, a los entes financieros y bancarios, con quienes los particulares, en una relación de confianza, establecen determinada clase de negocios jurídicos. En segundo lugar, a la misma Superintendencia de Banca y Seguros, que, como organismo supervisor del servicio público en referencia, tiene acceso a determinada información, a la que, de otro modo, no podría acceder”. Exp. N°. 1219-2003-HD/TC... Op. Cit., fundamento 10.

¹³⁶ “(...) a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2.7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya relevancia pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica en el individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de delitos económicos y, c) el propio constituyente, al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2 inciso 5), ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho”. *Ibíd.*, fundamento 37.

¹³⁷ *Ibíd.*, fundamento 34.

nuestro TC dentro del análisis que efectúa sobre casos en que presuntamente existe un conflicto entre derechos.

2. Que, el derecho de acceso a la información constituye una “libertad preferida”; en la medida que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico este derecho se encuentra en una posición de preferencia respecto del resto de derechos debido a la función que cumple el mismo en la consolidación de un Estado como tal¹³⁸. En la medida, que nuestro TC, rechaza la jerarquización de derechos como solución al conflicto que se puede presentar entre los mismos, en su lugar prefiere emplear la expresión: “derechos o libertades preferidas”¹³⁹, sobre todo en cuanto a libertades de expresión e información se refiere. Teniendo en cuenta que, al otorgársele la condición de libertad preferida al ejercicio de un derecho, como por ejemplo el de acceso a la información pública, lo que se busca es optimizar más intensamente el derecho en cuestión; sin que ello implique, que dicha premisa sea absoluta, sino que más bien es relativa, en cuanto su aplicación dependerá del caso concreto¹⁴⁰.

Esa condición de derecho o libertad preferida que, para el Tribunal Constitucional, ostenta el derecho de acceso a la información, no lleva consigo que en el seno de la constitución exista un orden jerárquico entre los derechos fundamentales donde el derecho mencionado obtenga una posición preferente; y menos que éste devenga en absoluto, sino que, por el contrario, para el Tribunal “(...) [n]i siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2° de nuestra Ley Fundamental, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (v. gr. derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (v. gr. la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley”¹⁴¹.

¹³⁸ “[d]ebido a las trascendentales funciones que el derecho de acceso a la información pública está llamado a cumplir en la consolidación del Estado democrático de derecho, este Tribunal ha señalado que se trata de una “libertad preferida”. Exp. 1797-2002-HD/TC... Op. Cit., fundamento 09.

¹³⁹ CASTILLO. Op. Cit., p. 14.

¹⁴⁰ El Profesor Castillo Córdova, sostiene que para que la prevalencia de la libertad preferida se haga efectiva deben concurrir los siguientes dos requisitos, “[p]rimero, que el ejercicio de las libertades se sujete a sus límites. Y segundo, que contribuyan al debate sobre las cosas que interesan a todos, es decir –y como ya se apuntó– que lo comunicado tenga relevancia pública a fin de que favorezca la formación de una opinión pública. De ser así, la libertad de expresión e información se impondrá sobre derechos como el honor y la intimidad”. *Ibidem*.

¹⁴¹ Exp. N°. 1219-2003-HD/TC... Op. Cit., fundamento 07.

La conclusión a la que llega nuestro Tribunal en el caso concreto es que, “[l]a protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad –términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos– de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero”¹⁴². De eso modo, el máximo intérprete constitucional, luego de realizar una ponderación entre ambos derechos: derecho de acceso a la información y derecho a la intimidad personal, concluye que, mediante el secreto bancario, lo que se busca es preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos¹⁴³; por ello, el secreto bancario constituirá uno de sus límites sobre el ejercicio del derecho de acceso a la información, y lo realizará bajo la consigna de que se trata de una concretización que se derivan del ejercicio del derecho a la intimidad.

Conclusión, que no deviene en la más acertada, en medida que como se postuló previamente, los derechos fundamentales existen y se ejercen en armonía por derivar de una naturaleza que es unidad en sí misma, fundamento que hace imposible que un derecho fundamental se confronte a otro; por el contrario, el planteamiento más oportuno es que lo que realmente entra en conflicto o en colisión son las pretensiones o intereses individuales de cada uno de los sujetos que invocan el ejercicio legítimo de sus derechos.

En la jurisprudencia nacional, podemos encontrar una variedad de sentencias en las que el Tribunal reconoce un conflicto entre derechos fundamentales; por ejemplo, aquel caso en el que existe un aparente conflicto entre el derecho al descanso, la paz y tranquilidad, invocado por los vecinos mirafloresinos de la calle San Ramón y Figari en Lima, frente al derecho al trabajo invocado por los comerciantes que tienen negocios en el pasaje conocido como “la calle de las pizzas”, ubicada en el distrito limeño de Miraflores, tras la Ordenanza Municipal que impuso restricciones de horario de atención a los negocios que se encuentran en la referida calle.

En el caso expuesto, el Tribunal Constitucional peruano, ha considerado que existe realmente un conflicto del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre

¹⁴² *Ibíd.*, fundamento 09.

¹⁴³ La vida privada, para el Tribunal Constitucional, es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Considerando que, la vida privada “(...) está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírsele”. Exp. N°. 6712-2005-HC/TC... Op. Cit., fundamento 38.

desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente)¹⁴⁴; en la medida que, estamos frente a conductas que conforman el ejercicio de cada uno de los derechos fundamentales mencionados.

En el contexto expuesto, nuestro TC, afirma una vez más, que los derechos fundamentales no son absolutos en sí mismos, su ejercicio debe llevarse a cabo junto con el resto de derechos; y, en base al principio de unidad¹⁴⁵ y concordancia práctica¹⁴⁶. Lo que resulta cierto, dado que no es posible que la interpretación que se haga de los derechos fundamentales y de los dispositivos constitucionales que los recogen, se realice visualizando a cada derecho fundamental de forma individual y aislada porque ello conllevaría admitir contradicciones dentro del texto constitucional y, por ende, admitir que las disposiciones que constituyen nuestra Carta Magna pueden perder su validez y eficacia.

Finalmente, la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional, es que, “[l]a intensidad de la intervención (ordenanza municipal) es leve, mientras que el grado de realización del fin constitucional es elevado. Expuesto, en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la ley de ponderación y, por tanto, es constitucional”.

La conclusión se sustenta con los siguientes fundamentos:

1. Sobre la limitación leve del derecho al trabajo y libre desenvolvimiento de la personalidad, “(...) la ordenanza no establece una limitación absoluta o total del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella sólo establece una limitación parcial, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada”¹⁴⁷.
2. Sobre la protección elevada de la que son objeto el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud: “El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional Peruano. (2007). Exp. N° 0007-2006-PI/TC. Sentencia del 22 de Junio del 2007. Recuperado en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>. Fundamento 41.

¹⁴⁵ “(...) En consecuencia, si una de las reglas en materia de interpretación constitucional es que el proceso de comprensión de la Norma Suprema deba realizarse conforme a los principios de unidad y de concordancia práctica, (...)”. Tribunal Constitucional Peruano. (2003). Exp. N°. 02209-2002-AA/TC. Sentencia del 12 de Mayo del 2003. Fundamento 25.

¹⁴⁶ “Como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público. Se trata, en suma, de que su ejercicio deba satisfacer el principio de concordancia práctica”. Exp. N° 0007-2006-PI/TC... Op. Cit., fundamento 50.

¹⁴⁷ Exp. N°. 02209-2002-AA/TC... Op. Cit., fundamento 44.

constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la Calle de las Pizzas, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una elevada realización del derecho a la salud”¹⁴⁸.

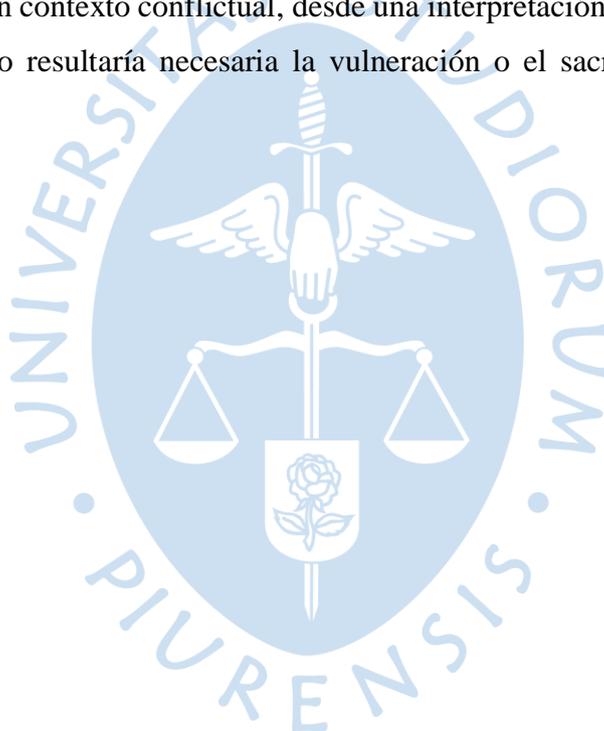
Del presente caso, advertimos una vez más, que nuestro TCp opta por la ponderación como criterio de solución a lo que, de acuerdo a su análisis, se trata de un presunto conflicto de derechos. Y, como consecuencia a un estudio de las circunstancias que envuelven el contexto conflictual, el Tribunal admite la limitación que se pueda realizar sobre un derecho o una libertad, incluso como constitucional porque el derecho que se encuentra en contraposición exige una protección mayor y justifica la limitación indicada. Planteamiento que no concuerda con el fundamento mismo del que surge cada derecho fundamental: la naturaleza humana, que es unidad en sí misma y de la cual no pueden emerger necesidades básicas que sean contrarias entre sí. Distinto sería, referirse a las circunstancias en que un determinado sujeto pretende llevar a cabo el “legítimo” ejercicio de su derecho fundamental frente a la postura similar en la que se encuentra otro sujeto, que también es titular de derechos fundamentales y que invoca el ejercicio de los mismos, casos en los que la solución entra a tallar en el ámbito de las pretensiones o intereses de los sujetos que pueden ir unos en contra de otros, más que de un conflicto de derechos.

Es así que, de los ejemplos expuestos, partiendo de que el Tribunal Constitucional peruano adopta la teoría absoluta en lo que respecta al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, podríamos afirmar que, para nuestro Colegiado, resulta viable – y hasta constitucional – que se realicen limitaciones sobre el contenido – no esencial – de los derechos fundamentales; restricciones que deberán llevarse a cabo, luego de realizar el procedimiento de ponderación de los derechos que conforman el conflicto, atendiendo las circunstancias o elementos que conforman el caso concreto y, siempre que se cumpla con ciertas precisiones: 1. No se deberá afectar o vulnerar el contenido esencial del derecho, 2. Que la limitación que se aplique sobre el contenido no esencial del derecho, deberá ser siempre

¹⁴⁸ *Ibíd.*, fundamento 55.

proporcional y, 3. Que, existirán casos específicos o excepcionales en que se admitirá el sacrificio de un derecho frente a un interés superior¹⁴⁹.

De forma que, para el máximo intérprete de nuestra constitución cuando a través de una intervención se logran niveles elevados de satisfacción en aquellos derechos favorecidos por la intervención, la medida bien puede considerarse como constitucionalmente correcta. Sin embargo, lo que realmente debe hacer nuestro Tribunal Constitucional, en un caso en que existe, aparentemente, un conflicto de derechos fundamentales, es determinar el alcance concreto que tiene cada derecho que conforma la controversia (delimitación del contenido del derecho) e intentar concertar las concretizaciones que surjan del ejercicio de cada derecho invocado por los sujetos dentro de un contexto conflictual, desde una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, así no resultaría necesaria la vulneración o el sacrificio de algún derecho fundamental¹⁵⁰.



¹⁴⁹ De la Jurisprudencia de nuestro TC, advertimos que, de llegar a determinar determinadas circunstancias o elementos justificantes, sí es posible sacrificar un derecho fundamental a fin de dar solución al conflicto o la controversia entre estos. En palabras del Tribunal Constitucional: “(...) pone de manifiesto que el convenio con la SUNAT no es suficiente para justificar el sacrificio de los derechos laborales de la demandante”. Tribunal Constitucional Peruano. (Perú). EXP. N°. 1747-2002-AA/TC. Sentencia del 19 de Diciembre del 2003. Fundamento 2.

¹⁵⁰ “En definitiva, lo que se debe advertir es que la determinación del contenido esencial puede y debe operar como pauta para resolver los aparentes conflictos entre derechos, (...) lo que resulta consonante con una interpretación sistemática de la Constitución y con una visión realista sobre lo que de hecho pueden hacer los jueces cuando “aplican” las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales”. SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 55.

2. Presentación de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La finalidad de la Convención Americana de los Derechos humanos (CADH) y, por ende, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se encuentra en el inciso 01 del artículo 1 de la citada norma establece que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁵¹. Lo que actualmente se traduce en que, en materia de protección de derechos humanos los órganos internacionales como la Comisión y la CIDH, son los entes máximos de fiscalización y garantía de que los Estados Partes de la Convención, realmente reconocen, respetan y protegen el ejercicio de los derechos humanos de las personas.

De esa forma, tenemos que, para la CIDH todos y cada uno de los derechos tienen la misma protección, sin que ello implique que cada derecho recogido en la Convención sea absoluto y que se justifique en su ejercicio la negación o la anulación de otros derechos. Sin embargo, la norma indicada, señala aquellos casos excepcionales en que se suspenderá la aplicación de las disposiciones que ella misma contiene, cuando “[e]n caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”¹⁵².

Pero señala a su vez, de manera explícita que, tal suspensión no implica la anulación de los siguientes derechos fundamentales, pues, “[l]a disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”¹⁵³. Y es que,

¹⁵¹ Artículo 01, inciso 01 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵² *Ibíd.*, artículo 27 inciso 01.

¹⁵³ *Ibíd.*, inciso 02.

algunos de los casos en que se generan conflictos y/o controversias, o se evidencian vulneraciones a los derechos humanos se registran en el momento en que un Estado, parte de la Convención, considera que se encuentra en un estado de excepción y, por ende, suspende la aplicación de las disposiciones de la misma. Incluso, habiendo la aludida norma, invocado lo siguiente:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”¹⁵⁴.

En lo que respecta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo encargo deriva del texto contenido en la Carta de la OEA y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tendrá como fin promover el ejercicio y protección de los derechos humanos. De modo que, los supuestos en que se aceptará la suspensión de las disposiciones de la Convención, deberán ser extraordinarios; es decir, deberán estar debidamente justificados, ser temporales y aplicables bajo circunstancias estrictamente necesarias. Por eso, con el fin de indicar la postura que asume la corte frente a los denominados conflictos entre derechos fundamentales, presentamos algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

¹⁵⁴ *Ibíd.*, artículo 29.

2.1. Estado de Costa Rica Vs. Fecundación In Vitro (“Derecho a la vida”)¹⁵⁵. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica determinó prohibir la práctica de Fecundación In Vitro, misma que habría estado vigente desde el año 2000 en dicho país. Por lo que, según se manifestó, esto constituía una injerencia arbitraria contra el derecho a la vida, a fundar una familia, etc.; así como a los siguientes artículos de la Convención:

“Artículo 1.- Obligación de Respetar los Derechos.

Inciso 1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)”¹⁵⁶.

“Artículo 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”¹⁵⁷.

La CIDH, entiende que ningún derecho, ni siquiera el derecho a la vida, es absoluto, porque para este órgano internacional, la protección de un derecho reconocido por la CADH¹⁵⁸, no genera automáticamente la suspensión o anulación de otro derecho establecido por el mismo cuerpo normativo.

Partiendo de ese planteamiento, en el caso expuesto, la CIDH opta por admitir que existen los conflictos de derechos; primero, en la medida que ha señalado que frente a un contexto conflictual como lo es la confrontación de los derechos ya mencionado, es factible invocar excepciones a fin de proteger el derecho a la vida desde la concepción. “la finalidad del artículo 4.1 de la Convención, es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de Noviembre del 2012.

¹⁵⁶ Artículo 01 inciso 01 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, artículo 02.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, artículo 04 Inciso 01: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”¹⁵⁹.

Segundo, la Corte al negar que los derechos humanos sean absolutos, no acepta que a estos se les pueda imponer límites o algún tipo de restricciones de forma arbitraria, sino que ello será posible siempre que previamente exista un interés superior; es decir, que la limitación a efectuar sea a causa de un bien mayor, que se encuentra debidamente justificado:

“(…) esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”¹⁶⁰.

De ahí que, la CIDH prefiera realizar un análisis, que va más por un balance o ponderación, entre los derechos fundamentales que constituyen la controversia, a fin de determinar la salida más favorable, en miras de obtener una concordancia en el ejercicio que cada titular del derecho pretende efectuar invocando un ejercicio legítimo de los mismos. Según la Corte, en el antecedente citado como en otras sentencias previas, se puede visualizar la postura que ella misma asume frente a casos similares a los descritos: primero reconoce que los derechos humanos no son absolutos; segundo, admite la existencia de conflicto entre derechos, lo que finalmente la conduce a buscar un punto de encuentro entre los derechos que se encuentran en conflicto, aunque ello signifique imponer limitaciones o restricciones que, para la CIDH, son necesarias y se encuentran debidamente justificadas¹⁶¹.

¹⁵⁹ Caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica... Op. Cit., fundamento 258.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, Fundamento 259.

¹⁶¹ “(…) la Corte considera que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la cláusula "en general, desde la concepción" establecida en el artículo 4.1 de la Convención. (...) se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, (...), recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre”. Y continúa, “(…) la Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”. *Ibíd.*, fundamento 263.

La Corte, finaliza la sentencia del caso expuesto, sosteniendo que, al no haberse ponderado el derecho a la vida prenatal con el resto de derechos reconocidos por la Convención, se ha generado una intervención arbitraria por parte del Estado de Costa Rica, en el restante de derechos, conformantes del caso concreto: “(...) la Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios”¹⁶².

Entonces, la CIDH es un órgano internacional, que como ya se acotó previamente, no concibe los derechos humanos como absolutos; del precedente descrito, podemos advertir ello, pues que para la Corte, el derecho a la vida prenatal no es un derecho absoluto, siendo que el ordenamiento jurídico que regula cada país le ha proporcionado una protección que si bien es oponible a otros derechos éste no puede, bajo ninguna circunstancia o justificación, limitar/restringir otros bienes jurídicos o derechos; y menos oponerse aquellos derechos que conforman el conflicto a resolver: derecho a fundar una familia, derecho a la integridad personal, etc.¹⁶³.

Pero además la Corte expone en dicha sentencia, que ante un conflicto de derechos lo que corresponde es la aplicación del procedimiento de ponderación entre los derechos que conforman la controversia, pues de lo contrario, el Estado que no cumpla con ello estaría permitiendo la afectación desmesurada de un derecho. Formulación que trae consigo una posible limitación de derechos; restricción que en virtud de la misma no puede realizarse de manera abusiva o arbitraria; sino que debe existir un fin legítimo al que obedezca tal injerencia por parte del poder público; cumpliendo, con los requisitos que conforman el procedimiento de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹⁶⁴.

¹⁶² *Ibíd.*, fundamento 316.

¹⁶³ “Ante esta vulnerable situación, no es de extrañar que la existencia del nasciturus ceda ante otras situaciones estimadas más relevantes por este tribunal. Ello, porque parece absurdo que valgan más que el derecho a la vida de una auténtica persona, y, además, inocente, pese a la atención que merecen, las situaciones alegadas por los recurrentes: la limitante física de la infertilidad (entendida como parte de la integridad personal), la autonomía reproductiva, la vida privada y la maternidad (como parte del libre desarrollo de la personalidad) y el derecho a fundar una familia y a procrear”. SILVA, M y otros. (2016). *Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*. Ubicado en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_01.pdf.

¹⁶⁴ *Cfr. Ibíd.*, fundamento 273.

2.2. Estado de Argentina Vs. Derecho a la libertad de expresión y otros¹⁶⁵. En este caso, se impuso una condena penal a Carlos y Pablo Mémoli tras realizar una denuncia pública que consistía en afirmar que la Comisión Directiva de una asociación mutual de San Andrés de Giles realizaba ventas de nichos - supuestamente irregulares - en el cementerio local; lo que se consideró una afectación, principalmente, al derecho a la libertad de expresión. Aunque, dentro del caso, según los titulares de los derechos afectados, también se habría atentado contra el derecho a la propiedad privada y a la garantía del plazo razonable, tras la aplicación de una pena que no les correspondía y sin respetar los plazos que el un debido proceso establece.

Es así que, en el caso indicado, se afirmó la restricción y/o violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, recogido en el Artículo 13 de la Convención:

“Inciso 01.- Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”¹⁶⁶.

La CIDH, a la luz del presente caso, en uno de los fundamentos de la sentencia que resolvió el caso concreto, una vez más nos muestra su postura por admitir la existencia de un conflicto entre derechos: “(...) en el presente subyace un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención, y la protección de la honra y la reputación, consagrada en el artículo 11 del mismo instrumento. De este modo, corresponde a la Corte determinar si el Estado actuó de manera contraria a la Convención para solucionar un conflicto de derechos suscitado a nivel interno entre personas particulares”¹⁶⁷.

Luego, la CIDH procede a analizar el contenido de los derechos que constituyen la supuesta o aparente controversia; en lo que respecta al derecho a la libertad de expresión, para la CIDH éste se encuentra conformado por una doble dimensión; de modo que, por un lado, exige que ninguna persona se vea impedida de manifestar su pensamiento u opinión y a su vez implica recibir cualquier tipo de información; es decir, a conocer o recibir la expresión del pensamiento u opinión ajena.

En palabras de la Corte: “El ejercicio profesional del periodismo no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Caso Mémoli Vs. Argentina. Sentencia del 22 de Agosto del 2013.

¹⁶⁶ Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁶⁷ Caso Mémoli Vs. Argentina... Op. Cit., fundamento 118.

el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”¹⁶⁸. “(...) la Corte estima pertinente aclarar que ello no significa que los periodistas estén exentos de responsabilidades en el ejercicio de su libertad de expresión. El ejercicio abusivo de la libertad de expresión, sea por una persona particular o un periodista, puede estar sujeto al establecimiento de responsabilidades ulteriores, conforme al artículo 13.2 de la Convención”¹⁶⁹.

Sin embargo, la CIDH realiza nuevamente una precisión indicando que, lo expuesto no significa en ningún momento que el derecho a la libertad de expresión sea un derecho total y absoluto; sino que éste, por el contrario, puede ser objeto de algún tipo de limitación cuando se encuentra frente a otro derecho fundamental: “La libertad de expresión no es un derecho absoluto. Dicha libertad puede estar sujeta a condiciones o inclusive limitaciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención”¹⁷⁰.

Como se mencionó con anterioridad, para la Corte como para la CADH, tales limitaciones no se aplican sin control alguno, sino que deben obedecer cierta excepcionalidad, siendo que dicha restricción o afectación debe obedecer a un fin necesario (Ej. El derecho a la honra y reputación). Es así que la Corte, al igual que nuestro Tribunal Constitucional, una vez más recurre como salida del conflicto entre estos dos derechos, al procedimiento de ponderación; bajo la mirada de dos precisiones importantes: La primera es que este criterio de solución tiene como finalidad, el ejercicio de los derechos humanos de un determinado individuo se haga con respeto de los derechos del resto de sujeto que conforman una sociedad; y, segundo, que para ponderar los derechos en controversia deberá tenerse en cuenta las circunstancias en que se generó el conflicto y que sustentan la invocación de protección a cada uno de esos derechos¹⁷¹.

Por lo que, la Corte sostiene que, en mira a encontrar la mejor salida frente a un contexto conflictual entre los derechos fundamentales que conforman su sistema jurídico, el Estado Argentino puede y se encuentra debidamente facultado para determinar las responsabilidades e

¹⁶⁸ *Ibíd.*, fundamento 120.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, fundamento 121.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, fundamento 123.

¹⁷¹ “Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado, buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. La solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”. *Ibíd.*, fundamento 127.

imponer las sanciones que considere pertinentes si considera que se ha generado una intervención y/o afectación de un derecho sobre otro; sin que ello suponga la afectación o limitación del derecho del titular a quien se le ha impuesto la sanción. La Corte Interamericana, da cuenta en la sentencia citada, que las autoridades judiciales argentinas, analizaron las expresiones públicas realizadas por los señores Mémoli, las misma que, finalmente determinaron que, aparentemente se había afectado o vulnerado el honor y la buena reputación de otras personas; conclusión que se obtuvo tras realizar una evaluación o análisis mediante un procedimiento de ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto¹⁷². Finalmente, se determinó que, las expresiones, consideradas como injuriosas, se publicaron en un medio de comunicación que llegó a más personas, de las que constituyen los miembros de la Asociación Mutual; además, las autoridades judiciales también determinaron que los términos usados por los señores Mémoli, lesionaron exorbitantemente la reputación de los miembros de dicha asociación.

De este modo, la CIDH señala que, haber establecido las responsabilidades en el presente caso, constituye el incumplimiento que ha efectuado el Estado – argentino, de la obligación establecida en el artículo 11.3 de la Convención: “por la cual debe proteger a las personas contra ataques abusivos a su honra y su reputación”¹⁷³.

Si tenemos que, la protección de la honra y la buena reputación de toda persona es un fin legítimo, según las disposiciones de la misma Convención, de presentarse un conflicto entre aquellos derechos que le han sido atribuidos al ser humano, la solución no recaerá sobre la supremacía de aquel derecho que se considere más fuerte o importante sino que, a la luz, de un criterio de ponderación y del contenido mismo de los derechos en conflicto se determinará qué acciones o comportamientos van de acuerdo con el derecho invocado, respetando de esa manera el restante de derechos recogidos en el sistema interamericano de los derechos humanos.

De ese modo, podemos visualizar, de las sentencias expuestas que, la CIDH, el eje central de la jurisprudencia internacional reafirma su postura en proteger el conjunto y/o la totalidad de derechos humanos; es decir que, el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. Entonces, frente a un conflicto entre derechos humanos la CIDH considera que el papel preponderante, en miras a una solución, le corresponde al Estado y a su sistema de administración de justicia interno.

¹⁷² Dada la naturaleza del procedimiento ante la Corte, los particulares cuyo honor y reputación habrían sido afectados no han tenido participación en el mismo. Por tanto, este Tribunal considera que en el presente caso las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro. Caso Mémoli Vs. Argentina... Op. Cit., fundamento 143.

¹⁷³ *Ibidem*.

Es así que, la CIDH llama a los órganos constitucionales de un Estado a aplicar con estricto apego lo establecido por la norma que recoge y constitucionaliza cada derecho; de forma que ante un enfrentamiento entre dos derechos lo que deberá realizarse es una ponderación entre aquellos derechos que conforman el conflicto con el fin de alcanzar un equilibrio o armonización entre estos, lo que finalmente conlleva a una labor de delimitación respecto del contenido del derecho; mismo que se determinará dependiendo el caso concreto a resolver. Y bajo esa consigna, para efectuar esta ponderación, la CIDH ha determinado que, se debe analizar: i) el grado de afectación de cada uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de la afectación cuestionada fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro¹⁷⁴.

Del caso en concreto citado, se puede verificar que para la CIDH es de suma importancia buscar, lograr y garantizar una coexistencia entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra y buena reputación de los sujetos; en cuanto el ejercicio de un derecho debe llevarse a cabo siempre en conjunto, respeto y salvaguarda de todos los demás derechos fundamentales; por ello, a nivel nacional (según lo propuesto por nuestro TC) así como a nivel internacional (planteado por la CIDH), ante un conflicto entre derechos fundamentales la mejor salida a conseguir es la ponderación de derechos, y por la cual se buscaría siempre un ejercicio equilibrado y armónico de los derechos humanos¹⁷⁵.

Sin embargo, aun cuando la primera impresión que da a notar tanto la Jurisprudencia Nacional e Internacional, es que, cada una de ellas opta por el camino que consideran más idóneo, sea que se trate de nuestro TCp o de la CIDH, a lo largo de las sentencias que expiden, el análisis llevado a cabo y las conclusiones a las que arriban, siempre aluden a un carácter preferencial y de supremacía de unos derechos sobre otros. Frente a lo cual, cabe precisar que una vez más, lo más adecuado u oportuno frente a un presunto conflicto entre “derechos fundamentales” es utilizar, en principio la expresión “conflicto de pretensiones” y consecuentemente, frente a ese tipo de controversias optar, como salida, a una ponderación, pero a un balance de “circunstancias” o “intereses” más que de una “ponderación de derechos”. Porque como se sustentó previamente, los derechos fundamentales emanan de un solo

¹⁷⁴ Caso Artavia Murillo y Otros Vs. Costa Rica... Op. Cit., fundamento 274.

¹⁷⁵ En el conflicto entre dos derechos: la libertad de expresión y el derecho a la honra; se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público...”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000). *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Sesión N° 108. Artículo 10.

fundamento: la misma naturaleza y dignidad humana, por lo que resulta imposible que estos entren en conflicto o se contrapongan unos con otros. Por ello es que se prefiere apostar por la protección de los derechos fundamentales y de los bienes que les reconoce a favor de sus titulares – bienes jurídicos y humanos - atendiendo el caso concreto y el contexto social en que se pretende su ejercicio y/o aplicación.

3. Un análisis a partir de la Jurisprudencia para brindar soluciones dirigidas a la armonización de derechos

Tanto en la doctrina y jurisprudencia, nacional como internacional, se encuentra aún muy presente aquel pensamiento conflictivista - objeto de la presente investigación, por el cual parte de la realidad jurídica está constituida por el constante conflicto entre derechos fundamentales, o entre derechos fundamentales y bienes constitucionales, etc. A raíz de ello, algunos sistemas jurídicos entienden que tales controversias pueden encontrar su solución en los mecanismos de jerarquización o ponderación de derechos.

La primera de ellas —jerarquización— implica admitir que existen derechos que se encuentran en una posición de preferencia respecto de otros derechos. Es decir, que existe una categorización de derechos fundamentales, donde algunos conforman los derechos de primer orden y los derechos restantes constituirán las escalas posteriores, estando siempre por debajo y supeditados aquellos que constituyen la primera categoría.

La segunda de ellas —ponderación— trae consigo aceptar que existe una diferenciación entre todos y cada uno de los derechos fundamentales, así podemos encontrar: 1. aquellos que no admiten limitación o intervención alguna (ej. el derecho a la vida), 2. aquellos que, si bien pueden ser objeto de restricciones, éstas deberán ser específicas (ej. el derecho a la propiedad) y, 3. aquellos que admiten restricciones de tipo general. En el caso de estas última, la generalidad a la que se refieren no implica, que se limitará un derecho de forma indefinida e indiscriminada, sino que esta responderá al cumplimiento de una serie de condiciones, sin las cuales la limitación efectuada deviene en inconstitucional. Esas condiciones a las que se refiere la doctrina son: preexistencia de un fin legítimo y necesario, razonabilidad y proporcionalidad de la restricción a imponer¹⁷⁶.

Ambas salidas, llevan a lo mismo: una categorización de derechos, pero sobre todo a la imposición de límites respecto de los derechos fundamentales, algunos que anulan por completo

¹⁷⁶ MEDINA, C. y NASH, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Chile: Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pp. 32-35.

uno de los derechos (jerarquización) y aquellos que restringen el ejercicio de un derecho a determinadas acciones para favorecer el ejercicio y brindar protección a otro derecho (ponderación).

Ambas soluciones, podrían evitar con anticipación los denominados “conflictos entre derechos fundamentales”, si nuestros operadores jurídicos, fijan con precisión y previamente las restricciones específicas al ejercicio de cada derecho fundamental. Como por ejemplo, si es legislador ha establecido anticipadamente, mediante ley, las limitaciones específicas sobre determinados derechos (ej. el derecho a la propiedad, etc.) a fin de proteger el derecho a la salud; tendríamos que, una persona que es propietaria de algún predio, dentro del cual se llevan a cabo actividades por las que se emanan sustancias y gases tóxicos, verá su derecho a la propiedad restringido frente a las disposición ya dadas por el legislador en aras de proteger ese derecho a la salud, y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

En ese sentido, el constituyente, es aquel operador jurídico encargado de la labor mencionada: la delimitación del contenido de los derechos fundamentales; quien asume previamente, al ejercicio de sus funciones que, una delimitación siempre lleva consigo la imposición de límites al ejercicio de cada derecho fundamental; respecto a ello, lo que sostiene nuestro Tribunal Constitucional es que, tales restricciones y limitaciones nunca podrían verificarse en la parte “esencial” del contenido constitucional del derecho, porque eso supondría una desnaturalización o un vaciar de contenido al derecho mismo. Esta es, la teoría absoluta que adopta nuestro Tribunal a lo largo de sus sentencias, y por la cual distingue entre: “Contenido esencial del derecho, contenido absolutamente indisponible por el legislador y con él por todo el poder político, y un contenido no esencial del derecho, contenido disponible por el legislador, quien podía restringir y afectar esta parte del derecho fundamental”¹⁷⁷.

En este planteamiento, asumido por nuestro Tribunal Constitucional, el Prof. Castillo precisa que la expresión “contenido de un derecho fundamental” se utiliza sobre todo para referirse a un “contenido esencial del derecho”. Lo que implica un uso inapropiado de la expresión, dado que, frente a la existencia de un contenido esencial del derecho, existe a su vez un “contenido no esencial” del mismo¹⁷⁸; contenido que, según parte de la doctrina, admite restricciones y limitaciones bajo la aplicación del principio de razonabilidad, es decir, proporcionadas a la importancia del interés constitucional superior que lo justifica. En todo

¹⁷⁷ CASTILLO. (2005). Conflictos Entre Derechos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *En: Repositorio Institucional PIRHUA*. Lima. P. 23.

¹⁷⁸ CASTILLO. *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los Derechos Fundamentales...* Op. Cit., p. 3.

caso, si tenemos en cuenta aquel razonamiento por el cual los derechos fundamentales son realidades que, en sí mismas, tienden a expandirse; de modo que, requieren de estos frenos, los mismos que establecidos e impuestos por el legislador, pero bajo la consigna de que se trata de limitaciones que resultan aplicables desde fuera del contenido constitucionalmente protegido del derecho mismo¹⁷⁹.

Frente a ese panorama, el Prof. Castillo afirma que el contenido de los derechos fundamentales es un solo contenido, y que todo él es contenido esencial, en la medida que emana de la naturaleza y esencia misma del derecho¹⁸⁰, proponiendo así, frente al criterio de ponderación utilizado por el TCp, un mecanismo más coherente para proteger el contenido del derecho fundamental y que resuelva de manera más eficaz un “conflicto entre derechos fundamentales”; y según el cual deberán tenerse en cuenta dos puntos muy importantes y complementarios entre sí:

1. Carácter normativo de la constitución. - el mismo que le concede carácter normativo a las normas que recogen y otorgan protección a los derechos fundamentales, el mismo que vincula de manera fuerte y profunda a los destinatarios de aquellas normas, de modo que no resultan admisibles vulneración o agresión alguna, sea por parte del poder público o del resto de particulares.

A partir de lo expuesto en el párrafo precedente, considerar que el contenido del derecho (aun cuando sea el contenido no esencial) queda a disposición del legislador para que sea limitado o restringido constituye una transgresión, precisamente al carácter normativo de la constitución; porque a fin de cuentas el contenido del derecho (esencial o no) es contenido constitucional; por tanto, siendo contenido constitucional no admite lesión, limitación o restricción alguna porque limitar el contenido esencial - o no - del derecho implica limitar la constitución misma¹⁸¹.

2. Concepción de los derechos fundamentales como realidades limitadas, por lo que no exigirán, bajo ninguna circunstancia limitaciones o restricciones que surjan desde fuera; sino que por el contrario cada uno de los derechos contiene unos parámetros internos que se desprenden de la misma esencia del derecho.

¹⁷⁹ En palabras del Prof. Castillo que los derechos fundamentales sean delimitables significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales. *Ibíd.*, p. 5.

¹⁸⁰ *Ibídem.*

¹⁸¹ CASTILLO. *Conflictos entre Derechos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...* Op. Cit., p. 24.

Entonces, según la propuesta expuesta, cada derecho fundamental resulta ser una realidad que es limitada en sí misma, pero dicha limitación no impide el desarrollo pleno del hombre de modo individual y dentro de sociedad. Sin embargo, aun cuando se trata de una realidad limitada, se hace necesaria una delimitación para descubrir esos contornos en cada caso concreto. Cuando se lleva a cabo esa delimitación, entran a tallar aquellos principios que hemos mencionado en el capítulo precedente: razonabilidad y proporcionalidad. Pero en este caso, no se emplearán estos principios a fin de limitar un derecho y permitir el ejercicio de otro, o para ponderar los derechos y así establecer qué derecho pesa más respecto del otro, porque como se explicó y sustentó anteriormente, no es posible fijar una categorización (concreta o abstracta) entre los derechos fundamentales¹⁸², porque ello implicaría recaer en los fallos o inconsistencias en las que nuestro Tribunal ha incurrido.

Ahora, desde la jurisprudencia internacional que admite la existencia de conflicto entre los derechos fundamentales y distinta la ponderación como criterio de solución que es utilizada por la CIDH, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha propuesto, como solución a los conflictos entre derechos: el procedimiento de solución amistosa (PSA), el mismo que se encuentra reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 48 inciso 01:

“La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: (...) f) se pondrá a disposición de las Partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención (...)”.

El PSA, es planteado como aquel mecanismo a través del cual se obtendrá una solución a los conflictos que versan entre derechos fundamentales, así como para lograr el arreglo pacífico y consensuado de las controversias que se presentan ante la Comisión:

“Cuando una petición es trasladada al Estado para iniciar la etapa de admisibilidad, la CIDH se pone a disposición de las partes para poder llegar a una solución amistosa. En caso que ambas partes manifiesten por escrito interés en entrar en dicho procedimiento, la Comisión tomará un papel de tercero imparcial, ejerciendo su función de facilitador, con el objetivo de acercar a las partes, servir como un canal de comunicación entre ellas, ofrecerles el espacio idóneo para el planteamiento de

¹⁸² *Ibidem*.

sus intereses, promover acuerdos y compromisos, y hacer el seguimiento para el cumplimiento del acuerdo de solución amistosa”¹⁸³.

Este mecanismo de solución se caracteriza por llevarse a cabo con previo consentimiento de las partes y, por la flexibilidad de las negociaciones a las que arriban las partes que sustentan la vulneración de sus derechos o, que forman parte de un conflicto o controversia entre derechos fundamentales, etc. Una vez que se ha llegado a un acuerdo de solución amistosa, se debe valorar que esta resulte compatible con el respeto de los derechos humanos involucrados en el conflicto; pero además la Comisión le da el correspondiente seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes¹⁸⁴.

Este mecanismo de solución, aunque es novedoso es uno de los tantos procedimientos que se utilizan para obtener un arreglo a los conflictos o controversias a nivel internacional, entre la variedad de dichos mecanismos podemos encontrar a: la investigación, negociación, arbitraje, conciliación, etc. Por ello, se ha considerado al PSA, como una conciliación, porque al igual que esta última, lo que busca es alcanzar un acuerdo entre las partes a través del planteamiento de soluciones, que vienen propuestas por cada una de las partes, a fin de que sean mutuamente aceptadas. Pero la diferencia del PSA frente a la conciliación, es que éste último normalmente es utilizado y aplicable a controversias entre Estados; por el contrario, en el caso del PSA, a lo que se busca encontrar solución es a un conflicto entre un Estado parte de la CIDH y un particular o grupo de particulares, porque consideran que su Estado ha vulnerado o agredido alguno de sus derechos fundamentales.

Esta propuesta (PSA) ha generado ciertas dudas, en cuanto que, aquellos casos que se buscan resolver tienen como origen controversias sobre derechos humanos; los mismos que siendo realidades jurídicas, aun cuando resultan ser complejas, también son esenciales para la persona como para la sociedad y el Estado mismo. Entonces, queda la duda de si realmente un procedimiento de solución amistosa es la herramienta más eficaz y beneficiosa para resolver este tipo de conflictos; o, si deberán buscarse soluciones diferentes, que vayan más acorde con la esencia y la naturaleza de las controversias entre derechos fundamentales.

Y, aún después de todo lo expuesto, se puede verificar que tanto en la Jurisprudencia Nacional como Supranacional se sigue hablando de “conflictos entre derechos fundamentales”, cuando el sólo hecho de reconocer la existencia de este tipo de conflictos, así propiamente:

¹⁸³ COMISIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Guía práctica. Mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos*. OAS: Cataloging-in-Publication Data. P. 06.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 7.

entre “derechos fundamentales”, va en contra de todo ordenamiento jurídico que se jacta de tener los medios e instrumentos (normas y/o dispositivos constitucionales) necesarios para una plena, real y eficaz vigencia, ejercicio y protección de los derechos fundamentales.

La crítica a esas posturas conflictivistas, asumidas por órganos nacionales como internacionales, por las que se admite el conflicto entre derechos fundamentales, parte desde la perspectiva en la que se encuentra la norma que los reconoce como tales y se los atribuye a la persona: la constitución; porque su texto no puede haber recogido derechos con contenidos constitucionalmente protegidos que sean contradictorios unos con otros; porque ello conllevaría a realizar una interpretación aislada e individual de cada derecho o del dispositivo constitucional que los reconoce, lo que igualmente significa que el texto constitucional no es unidad y coherencia en sí misma, y por ende que algunas de sus disposiciones pierden su validez cuando entran en contradicciones¹⁸⁵.

Como se advirtió en los capítulos precedentes, los derechos fundamentales tienen como fundamento: la naturaleza humana y como fin último: favorecer el más pleno y completo desarrollo de la persona humana; y, siendo el ser humano una realidad que es unidad en sí misma, bajo ninguna justificación podríamos afirmar que los derechos fundamentales entran realmente en conflicto sino que, por el contrario: el contenido y ejercicio de cada derecho resulta compatible con el contenido de los demás derechos fundamentales, de modo que, son realidades jurídicas que conviven de manera armoniosa unas con otras¹⁸⁶: “La naturaleza humana no puede contradecirse a sí misma. No puede postular derechos que, perteneciendo al mismo hombre, se contrapongan, se anulen o se atenúen al ejercitarlos por sí o en concurrencia con los demás hombres, titulares como él de los mismos errores (...)”¹⁸⁷.

Considerados los derechos como valores esenciales para una auténtica convivencia humana, podría pensarse que la unidad y armonía mencionada desaparecería en cuanto el ser humano entre precisamente en la convivencia con el resto de sujetos. Sin embargo, ello no es posible dado que el reconocimiento de los derechos y la configuración de cada uno de ellos se hizo reconociendo o teniendo en cuenta todas las dimensiones que componen la persona humana, entre ella su condición de ser social. Desde ahí que el sistema normativo de cada país se compromete a respetar cada uno de los derechos y a garantizar su concretización sin

¹⁸⁵ Por ello, bien se afirma que, en la medida que los dispositivos constitucionales son normas generales y abiertas permiten más de una interpretación; sin embargo, en virtud del principio de unidad de la constitución, el operador jurídico ha de desechar aquellas interpretaciones que entren en contradicción, para quedarse con aquellas que no rompen la unidad del sistema. CASTILLO. *Los derechos constitucionales...* Op. Cit., pp. 340-343.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 336.

¹⁸⁷ SERNA y TOLLER. Op. Cit., p. 92.

discriminación alguna, en mirada a obtener el pleno desarrollo y posterior felicidad de la persona (dimensión individual) incluso en la convivencia con todos sus semejantes (dimensión social).

Entonces, de lo expuesto, debería el TCp y la CIDH, retomar las bases que sustentan la postura por la cual, los derechos fundamentales de la persona son realidades, que realmente no entran en conflicto, por dos razones, claras y precisas:

- 1.- En cuanto la razón de ser de los derechos fundamentales es la naturaleza humana, que es unidad y coherencia en sí misma, lo que permite una vigencia armoniosa entre todos y cada uno de los derechos y,
- 2.- En cuanto, los derechos se encuentran reconocidos y debidamente protegidos, por la constitución de cada país; dónde la interpretación de cada disposición constitucional deberá realizarse en virtud del resto; es decir, siempre en conjunto con el resto.

Si retomamos aquella idea, ya expuesta y analizada, de que los derechos fundamentales son bienes jurídicos, cuyo contenido está dirigido a la satisfacción de una necesidad básica del ser humanos que le permite su desarrollo y perfeccionamiento; tenemos que, al emanar de la misma naturaleza y dignidad humana, se encuentran supeditados a esa existencialidad del ser humano con el resto de individuos con los que convive. De forma que es imposible que estos entren en conflicto, y de ahí que, la protección de dicho bien - jurídico y humano - se determinará siempre atendiendo el caso concreto y el contexto social en que se pretende su ejercicio y/o aplicación.

Frente a ello, debe tenerse en cuenta que una cosa son aquellas pretensiones o intereses de cada individuo, y otra muy distinta los derechos fundamentales atribuidos a este y respecto los cuales la persona es titular. Siendo el hombre, un ser que siempre busca proyectarse y/o desarrollarse ampliamente a través de la satisfacción de sus necesidades; puede que, en ese desenvolvimiento con otros, exija la satisfacción, ya no de necesidades básicas y esenciales sino de pretensiones generadas por deseos, gustos, sentimientos, etc.

En ese sentido, en el supuesto “conflicto de derechos fundamentales”, lo que realmente persigue cada una de las partes es la satisfacción de una u otra pretensión, que si bien se puede desprender del ejercicio de un derecho del cual es titular, no significa que los derechos a partir de los cuales las pretensiones encuentran su sustento entren realmente en conflicto¹⁸⁸. En estos casos, lo que sucede es que se admite el ejercicio de la pretensión de uno u otro sujeto, lo que

¹⁸⁸ “La invocación de un derecho como fundamento de una pretensión no necesariamente supone que la pretensión realmente venga amparada por el derecho constitucional invocado, pues se trata de una simple invocación por alguna de las partes en el litigio, la cual puede estar errada”. CASTILLO. Op. Cit., p. 338.

bajo ningún concepto implica que la pretensión o el interés que prevalece signifique la superioridad o prevalencia del derecho por el que se invoca esa pretensión. Y, del mismo modo, aquella pretensión desplazada no constituye el desplazamiento del derecho por el que se invocó la misma. Porque, el desplazamiento de esta pretensión se fundamenta en que, ella misma compone una extralimitación en el ejercicio del derecho reclamado, y en ese mismo sentido, la pretensión que prevalece implica que el derecho invocado está siendo correctamente ejercitado.



Conclusiones

Primera. Los derechos humanos son realidades inherentes al ser humano, atribuidos a la persona por el hecho de ser persona; es decir, por su naturaleza humana. Pero, aun cuando brotan del mismo ser humano, resulta necesario su reconocimiento a través de instrumentos jurídicos del más alto nivel: la constitución, a nivel nacional-estatal, y, la Convención Americana de Derechos Humanos, a nivel internacional.

El Estado, en nuestro caso el peruano, se encuentra obligado a brindarle al sujeto las condiciones necesarias para el ejercicio real y eficaz de cada uno de sus derechos fundamentales. Habiéndolos reconocidos en la constitución- norma fundamental y máxima de un ordenamiento jurídico, el paso a seguir es adecuar todos y cada uno de los dispositivos legales a lo establecido por dicha norma fundamental, especialmente en lo que a derechos humanos se refiere.

Segunda. La doctrina, nacional e internacional, asume la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan entrar en conflicto, encontrando en la jerarquización y ponderación de derechos, la solución a ese contexto conflictual; criterios de solución que terminan por determinar cuál de los derechos intervinientes en el conflicto debe prevalecer y, cuál de ellos deberá ceder en parte o completamente frente al otro.

Una expresión que ha obtenido gran importancia dentro del último criterio de solución - ponderación, es: la proporcionalidad, como aquel principio por el cual la restricción o la limitación que se ejerza sobre el contenido del derecho, que se ha decidido sea el deberá enfrentar la afectación, no devenga en arbitraria o abusiva.

Tercera. La postura que adopta, tanto la Jurisprudencia Nacional como Supranacional, es claramente conflictivista, postura que de por sí es mayoritaria. Y la cual no sólo admite la existencia de derechos que se contraponen entre sí, sino que la salida a ello radica en la ponderación, criterio que categoriza los derechos, dónde ineludiblemente un derecho fundamental está por encima de otro, sea porque el bien jurídico que reconoce exige mayor protección o porque en un determinado caso concreto, el derecho invocado requiere que se le reconozca la supuesta posición jerárquica que ostenta dentro de un ordenamiento jurídico. Pero, además permiten que sobre los derechos fundamentales recaigan límites o restricciones que vulneran y afectan, e incluso anulan por completo el derecho mismo.

Cuarta. Admitir como posible la configuración de un conflicto entre dos o más derechos fundamentales, va en contra de aquello que los derechos protegen: la persona humana y su consecuente dignidad; pero, además, es ir en contra de todos los preceptos o principios constitucionales que rigen dentro de una sociedad. Es decir, asumir que los derechos pueden colisionar entre sí, es desconocer a la persona humana como esa unidad, coherente y sistemática que es y, por ende, aceptar que entre todo ese conjunto de normas que conforman la constitución existen contradicciones. Lo que imposibilita, una comprensión e interpretación unitaria de las disposiciones constitucionales, así como el desarrollo pleno de la persona en la medida en que, no existe una vigencia plena y armoniosa de sus derechos fundamentales.

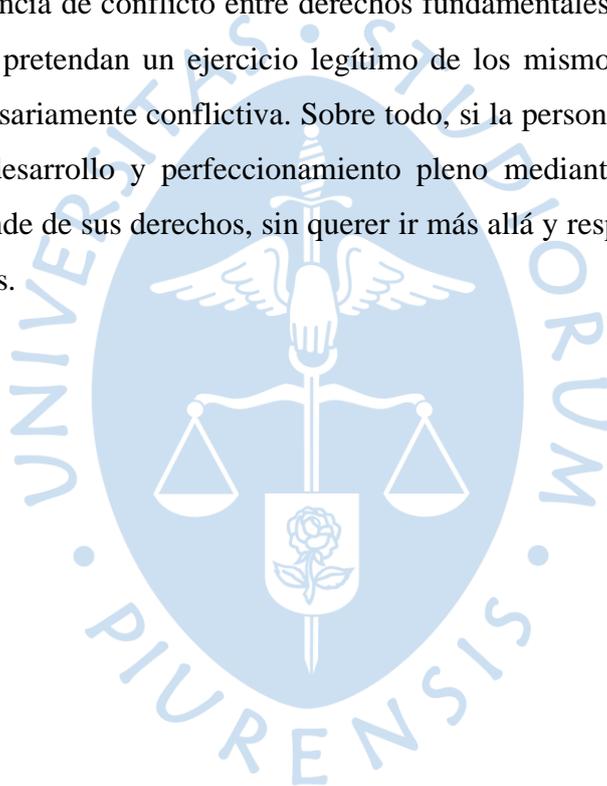
Quinta. Una salida novedosa y pacífica frente a ese aparente conflicto entre derechos fundamentales, es la teoría armonizadora del contenido de los derechos fundamentales. Teoría que se sustenta en la delimitación del contenido – esencial o no- de cada uno de los derechos que conforma el litigio, brindándole a las personas una salida mucho más salomónica cuando ve sus derechos afectados; pues, a partir de este criterio, se podrá determinar si el ejercicio del derecho invocado por cada uno de los sujetos, forma parte realmente del contenido constitucionalmente protegido del derecho y de esa manera, ordenar su correspondiente protección o, por el contrario, su desplazamiento.

Sexta. La jurisprudencia que genera nuestro TC o, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es unánime en cuanto a lo que los conflictos entre derechos refieren. En el caso del primero, entiende a los derechos como realidades infinitas, que tienden a expandirse y que, por lo tanto, están expuestos de entrar en conflicto; e igualmente optan por el criterio de ponderación como la mejor manera para resolver las controversias. En el caso del segundo, aunque no plasme en sus sentencias, la expresión “conflicto” o “colisión”, ella admite el conflicto entre los derechos humanos, pero, la solución a casos como este radica, en interpretar y delimitar el derecho o los derechos, partes del conflicto, pero bajo una mirada conjunta de todos y cada uno de los derechos atribuidos a la persona, jamás como si de disposiciones contrarias se tratase.

Séptima. Cuando se afirma la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales, realmente de lo que se trata es de una colisión entre pretensiones, entre situaciones de interés; mismas que encuentran su fundamento en el ejercicio de un derecho. Por lo que, no se deberá sopesar ningún derecho, sino, determinar si los intereses o pretensiones que buscan su

concretización y debida protección, forman o no parte del contenido del derecho; es decir, se deberá establecer si la conducta que pretendo ejercer es o no merecedora de protección jurídica – constitucional o internacional, por formar parte o no del contenido constitucionalmente protegido del derecho.

Octava. Considero que el presente trabajo de investigación, puede brindar algunas ideas por las cual sigamos en esa lucha por el cambio ideológico hacia la protección de los derechos fundamentales, pero desde una perspectiva correcta e idónea. Porque, proliferar una doctrina que reconoce la existencia de conflicto entre derechos fundamentales, genera que los sujetos, titulares de derechos, pretendan un ejercicio legítimo de los mismos, y que la convivencia humana resulte innecesariamente conflictiva. Sobre todo, si la persona puede ser realmente lo que es, alcanzar su desarrollo y perfeccionamiento pleno mediante la concretización que realmente le corresponde de sus derechos, sin querer ir más allá y respetando los derechos del resto de sus semejantes.





Referencias bibliográficas

- ABAD, S. (1992). Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar. *En: Revista Thémis*, N°21.
- AGUILAR, G. (Enero-Abril, 2010). Derechos Fundamentales - Derechos Humanos. ¿Una distinción válida en el Siglo XXI? *En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N°127.
- AZAUSTRE, M. (2001). *El Secreto Bancario*. Barcelona: Editorial JM Bosch Editor.
- BARNES, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *En: Cuadernos de Derecho Público*, N.º 05.
- CASTILLO, L. (Junio, 2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los Derechos Fundamentales. *En: Repositorio Institucional PIRHUA*.
- (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra editores.
- (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *En: Foro Jurídico*, N° 13.
- CIANCIARDO, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Navarra: EUNSA Ediciones S.A.
- (2007). *El Ejercicio Regular de los Derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- COMISIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Guía práctica. Mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos*. OAS: Cataloging-in-Publication.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000). *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Sesión N.º 108.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- HÄBERLE, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP
- (Enero-Julio, 2010). Métodos y principios de interpretación constitucional, un catálogo de problemas. *En: Revista de Derecho Constitucional Europea*, N.º 13.
- HAKANSSON, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- LARIGUET, G. (2008). *Dilemas y conflictos trágicos: una investigación conceptual*. Lima: Palestra Editores.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2010). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Lima: Palestra Editores.
- MEDINA, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw Hill.
- MEDINA, C. y NASH, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Chile: Centro de Derechos Humanos - Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- MENDOZA, M. (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Lima: Palestra Editores.
- OLLERO, A. (1989). *Derechos humanos y metodología jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- PECES-BARBA, G. (1988). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: EUDEMA Universidad.
- (1999). *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- PEREIRA, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Lima: Palestra Editores.
- PINO, G. (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores.
- ROBERT, A. (1993). *Teoría esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- RUBIO, M., EGUIGUREN, F. y BERNALES, E. (2003). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1,2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUC.
- SALAZAR, J. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *En: Foro Jurídico*, N°08.
- SÁNCHEZ - MARÍN, A. (Marzo, 2014). Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales. *En: Revista de Filosofía*.
- SERNA, P. y TOLLER F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales: una alternativa a los conflictos de derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- TRAVERSO, C. El acceso a la información bancaria para propósitos tributarios y su ponderación con el derecho al secreto bancario: análisis constitucional. *En: Revista IUS ET VERITAS*, N.º 47.

Linkografía

BALAGUER, F. *El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la Sentencia 236/2007 del 7 de noviembre.* (2007). Recuperado de: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>.

SILVA, M y otros. *Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro.* (2016). Recuperado en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_01.pdf.





Jurisprudencia citada

I. Del Tribunal Constitucional español:

- STC. N.º 5/1981, del 13 de Febrero de 1981.
- STC N.º 99/1985, del 30 de Setiembre de 1985.

II. Del Tribunal Constitucional peruano:

- EXP. N.º 1122-2000-AA/TC, del 14 de Marzo del 2001.
- EXP. N.º 0905-2001-AA/TC, del 14 de Agosto del 2002.
- EXP. N.º 1797-2002-HD/TC, del 29 de Enero del 2003.
- EXP. N.º 02209-2002-AA/TC, del 12 de Mayo del 2003.
- EXP. N.º 1747-2002-AA/TC, del 19 de Diciembre del 2003.
- EXP. N.º 1219-2003-HD/TC, del 29 de Enero del 2004.
- EXP. N.º 0858-2003-AA/TC, del 24 de Marzo del 2004.
- EXP. N.º 0004-2004-AI/TC, del 21 de Setiembre del 2004.
- EXP. N.º 2192-2004-AA/TC, del 11 de Octubre del 2004.
- EXP. N.º 02465-2004-AA/TC, del 11 de Octubre del 2004.
- EXP. N.º 1417-2005-AA/TC, del 08 de Julio del 2005.
- EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, del 17 de Octubre del 2005.
- EXP. N.º 0007-2006-AI/TC, del 22 de Junio del 2007.
- EXP. N.º 03850-2011-AA/TC, del 24 de Octubre del 2011.
- EXP. N.º 1643-2014-AA/TC, del 14 de Agosto del 2018.

III. De la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica, del 28 de Noviembre del 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Caso Mémoli Vs. Argentina, del 22 de Agosto del 2013.