

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

AÑO 13 N° 50 AGOSTO 2020

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



PRESENTACIÓN



Oscar Burga Zamora
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dr. Oscar Burga Zamora. Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
 - Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccía y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
 - Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR	5
.....	
ESTADOS DE EXCEPCIÓN, COVID 19 Y DERECHOS FUNDAMENTALES STATES OF EMERGENCY, COVID 19 AND FUNDAMENTAL RIGHTS <i>EDWIN FIGUEROA GUTARRA</i>	6
.....	
GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL <i>MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ (ESPAÑA)</i>	24
.....	
TENDENCIAS DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN SENTENCIAS LABORALES DE LAS ALTAS CORTES EN COLOMBIA Y PERU TRENDS OF THE PREVIOUS JUDICIAL IN LABOR JUDGMENTS OF THE HIGH COURTS IN COLOMBIA AND PERU <i>INGRID JULISSA ILLIDGE CORREA (COLOMBIA)</i> <i>INDIRA YULIETH ILLIDGE CORREA</i> <i>LINETH PAOLA OQUENDO GÓMEZ</i> <i>JOHN CARLOS MACHACÓN CRUZ</i> <i>SANDRA MILENA CAMACHO RODRÍGUEZ</i>	43



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

En esta oportunidad de publicación de IPSO JURE 50, con ocasión del Día del Juez en Perú, volvemos a lanzar una edición de emergencia dadas las condiciones pandémicas que afectan aún nuestros entornos sociales.

El COVID 19 aún ataca con fuerza en Latinoamérica y aunque ciertamente algunos Estados ya han desconfinado sectorialmente parte de sus poblaciones, ahora enfrentamos el riesgo de un rebrote, aspecto este último calificado como un riesgo que pondría en jaque nuevamente no solo nuestras libertades ciudadanas sino nuestras propias vidas.

¿Cuál ha sido la respuesta del mundo del Derecho frente a ello? Tal como reseñamos en uno de los artículos en esta edición, en relación a los estados de excepción, pues de parte del sistema interamericano la Corte Interamericana ya se ha expresado en el sentido de que, cualesquiera que fueran las decisiones de restricciones de derechos ciudadanos, las medidas sean tomadas por las autoridades respetándose proporcionalmente las libertades civiles, dentro de los lineamientos fijados por el sistema regional de derechos humanos.

La importancia del enunciado señalado es mayor, si se toma en cuenta que los afectados - ciudadanos de cualquier país- están en la libertad de cuestionar, dentro del ámbito de la jurisdicción constitucional, la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas. Entonces, la llamada de alerta a los Gobiernos de los Estados es enfática, en cuanto a que, desde las Cartas Fundamentales, les asiste a la autoridad la facultad de adoptar medidas restrictivas, mas ello debe realizarse dentro de estándares de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales en instancia final pueden ser objeto de conocimiento jurisdiccional por parte de los jueces.

Igualmente, incluimos un artículo del maestro español Manuel Atienza, quien nos alcanza una elaborada respuesta a distintas objeciones que plantea Juan Antonio García Amado, respecto a las posiciones del primero en relación a la relevancia del objetivismo moral. El diálogo académico entre ambos profesores españoles ha sido siempre fluido, no exento de respuestas incluso anecdóticas entre uno y otro, y en esta oportunidad, Atienza responde, en vía de descargo, diferentes atenciones que realiza García Amado en estos temas que los enfrentan. De esta forma, Atienza, post positivista del Derecho, y García Amado, positivista convencido, nos alcanzan valiosas reflexiones cuya atenta lectura recomendamos.

Finalmente, la profesora colombiana Ingrid Illidge nos acompaña con valiosos enfoques comparativos sobre el precedente laboral en Colombia y Perú, resultando de mucha utilidad atender a la perspectiva de contrastar las tendencias de la jurisprudencia de ambos países. Por cierto, la Corte Constitucional de Colombia ya empieza una labor señera de consolidación de precedentes a partir de su Constitución de 1991, mientras que Perú inicia esta labor a partir del retorno a la democracia en 2001. Y sin embargo, se trata de dos tendencias que han encontrado un sentido común en la idea de protección material de los derechos fundamentales.

Hubiéramos querido una edición especial en esta oportunidad en que IPSO JURE 50 es emitida con ocasión del día del Juez en Perú, y sin embargo, la pandemia nos ha jugado una mala pasada a todos con sus peligros y acechos. Esperamos los riesgos sean menores a futuro, y podamos retomar las actividades académicas que siempre quisimos impulsar. En tanto, es menester ser cuidadosos. Nuestra salud y nuestra vida lo exigen.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director



ESTADOS DE EXCEPCIÓN, COVID 19 Y DERECHOS FUNDAMENTALES

STATES OF EMERGENCY, COVID 19 AND FUNDAMENTAL RIGHTS

Edwin Figueroa Gutarra¹



El estado de excepción se presenta como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo
Giorgio Agamben

Resumen: El presente estudio constituye una reflexión de contexto a propósito de las coyunturas jurídicas que se generan en un estado de excepción, más aún cuando la pandemia del COVID 19 es la justificación de fondo de muchos ordenamientos jurídicos respecto a medidas de confinamiento, aislamiento e inmovilidad social a causa de este mal. En esa misma lógica, analizamos si acaso corresponde una redefinición de los derechos fundamentales afectados en esos estados extraordinarios, o si es pertinente poner de relieve la dimensión jurídica propia del contenido, extensión y valía de un derecho fundamental. Sobre este particular, diversos instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos dan cuenta de la exigencia a los Estados de respetar lineamientos mínimos de los derechos del sistema.

Abstract: The present study constitutes a reflection of context regarding the legal situations that are generated in a state of emergency, even more so when the COVID 19 pandemic is the underlying justification of many legal systems about confinement measures, isolation and social immobility because of this evil. In the same logic, we analyze whether a redefinition of the fundamental rights affected in these extraordinary states is appropriate, or whether it is pertinent to highlight the legal dimension of the content, extent and value of a fundamental right. In this regard, various instruments of the inter-American human rights system account for the requirement that States respect minimum guidelines for the rights of the system.

Palabras clave: Estados de excepción, COVID 19, derechos fundamentales, derechos humanos

Keywords: States of emergency, COVID 19, fundamental rights, human rights

SUMARIO: 1. Estados de excepción y su extensión material. 2. COVID 19, coyuntura externa y DESC. 3. Derechos fundamentales y posición de la Corte IDH. 3.1. Declaración Corte IDH sobre COVID 19. 3.2. Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87, sobre habeas corpus y garantías judiciales. 4. Balance de reflexiones finales

Introducción

Una de las cuestiones más recurrentes a raíz del COVID 19, la pandemia que azota a la humanidad entera en estos aún albores del siglo XXI, es cuándo hemos de volver a la antigua normalidad que ostentábamos como ciudadanos de un Estado constitucional de derecho, marco en el cual gozábamos de un relativo aunque progresivo goce *in*

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

crescendo de libertades fundamentales. Nos acostumbramos a una dimensión amplia de la libertad individual, y en especial, del *ius ambulandi*, asumiendo, como parte implícita de nuestras vidas, una aún más extensiva libertad de locomoción en sentido amplio, dadas las mínimas restricciones legales a este derecho de primer rango. De otra parte, la regresividad en el ejercicio de los derechos fundamentales era más bien una lejana excepción en los ordenamientos jurídicos.

Y sin embargo, el COVID 19 ha puesto a las sociedades contra las cuerdas, y ha trastocado los modos de vida a los que teníamos el más amplio acceso, pues, entre otros muchos ejemplos, antaño no se nos podía impedir trasladarnos de una ciudad a otra, y hoy está prohibido. Tampoco se nos podía restringir la libertad de viajar y transitar por nuestras ciudades, y hoy estamos reducidos a un necesario confinamiento cuya única luz visible consiste en que haya un tratamiento eficaz contra la enfermedad, a través de alguna vacuna u otro medio idóneo similar. Se nos impide hoy, incluso, en tiempos de cuarentena, hasta un inofensivo café en un restaurante, cuando antes ésta era una opción irrestricta para cualquier ciudadano.

Hogaño reflexionamos por hacer esfuerzos serios para regresar a la normalidad de antes, y sin embargo, es una reflexión necesaria que hemos de asistir en los próximos años a una nueva normalidad, fundamentalmente caracterizada por un importante cambio de costumbres en nuestras vidas, a través de, entre otras nuevas facetas, un exigible distanciamiento social entre personas, continuas medidas de higiene personal, alternar menos en público, así como se demanda a los Estados una necesaria mejor inversión preventiva en servicios públicos de salud.

Notemos, entonces, en ánimo de previsión, que esta pandemia es un signo de alerta y que, entre las muchas cuestiones de las que viene aparejada, ostenta una relativamente baja tasa de letalidad entre los seres humanos, si aquello sirve de relativo consuelo, con un estimado mundial de 2 a 3%. Lo complejo del asunto hubiera sido, o bien podría ser a futuro, la aparición de otro nuevo virus, pero con una mediana o alta tasa de letalidad, lo que de suyo pondría a la humanidad entera en una situación más que difícil.

Las reflexiones que anteceden devienen necesarias en el marco de tres ejes de enfoque que pretendemos desarrollar en este estudio, en la medida que los estados de excepción, o de alarma, como se les denomina en el caso español, representan mecanismos extraordinarios del Estado de derecho, a efectos de enfrentar coyunturas extraordinarias que afectan gravemente la vida de la nación. De la misma forma, siendo su naturaleza jurídica excepcional, implican restricciones considerables a los derechos fundamentales, en cuanto alegan precisamente un estado de cosas único, y bajo esa justificación, con visos de legitimidad en la mayoría de casos, y de ilegitimidad en otros menores, se restringen las libertades ciudadanas.

El carácter de legitimidad anotado debe ser puesto de relieve, en tanto el Estado asume una posición invasiva revestida de legalidad respecto de los derechos fundamentales, y fundamenta, para la dación de la medida, una justificación poco común. En el caso que nos ocupa, el COVID 19 representa un virus que deteriora el sistema respiratorio en el ser humano y finalmente, en los casos más extremos, se cobra la vida de personas en situación de mayor vulnerabilidad.



Desde otra perspectiva, también pretendemos desarrollar un reenfoque de los derechos fundamentales, afectados por la pandemia del COVID 19, y enfatizar la exigencia de apreciación de los mismos por parte de las autoridades, a la luz de instrumentos jurídicos de relevancia, entre ellos la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 09 de abril de 2020, respecto a los problemas y desafíos que plantea el COVID 19 para los derechos humanos. A esto sumamos dos instrumentos adicionales de importante contenido material: las Opiniones Consultivas OC8/87 y OC-9/87 de la Corte IDH, relativas al habeas corpus y otras garantías judiciales, respectivamente, precisamente en circunstancias de suspensión de garantías y en estados de emergencia.

Con las menciones a estos instrumentos pretendemos enfatizar que la autoridad está investida del poder suficiente para las restricciones de las libertades ciudadanas, y no obstante ello, no pueden quedar ausentes, en esos enfoques de restricción, las exigencias de respetar las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, a fin de que no cese *l'empire de la Constitution*, esto es, el imperio de la Constitución.

En ese norte de conceptos, concluimos que el escenario que describimos es sumamente complejo, pues hoy más que nunca deben balancearse los derechos fundamentales para determinar cuáles de ellos han de pesar más. Así, constituye hercúlea tarea si de un lado deben ponderarse más los derechos a la salud y a la vida, o si bien acaso, en la otra orilla, merecen una atención mayor, como parte de un enfoque económico, el derecho al trabajo junto a innumerables expresiones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Prevalentemente, creemos que es aún más importante, en estas circunstancias de estados de excepción, valorar en qué medida se pone a prueba la vocación democrática de los Estados por el respeto de los derechos humanos.

1. Estados de excepción y su extensión material

Los estados de excepción se remontan al Derecho romano (Fix, 2004, p. 802), cuando, ante la existencia de graves conflictos internos o externos, se estableció una *dictadura comisarial*, la misma que consistía en la designación por un cónsul, a solicitud del senado, de un funcionario durante un período de seis meses, con atribuciones para hacer frente a una emergencia. Esta *dictadura comisarial* se asemejaba a lo que podía llamarse una *dictadura constitucional* (Fundación Myrna Mack, 2013, p. 4), a diferencia del despotismo y la tiranía incontrolada de los imperios orientales. De tal forma, existía un marco de legalidad y arreglo a derecho, a pesar de ser una medida de fuerza, con lo cual se oponía a una dictadura de carácter inconstitucional.

Roma justificó con el término *iustitium* (Agamben, 2004. p. 86) la interrupción o suspensión del derecho. Narra así Agamben que, en Filípicas 5.12, cuando Antonio amenazaba invadir la capital del imperio, Cicerón se dirige al senado afirmando que era necesario declarar el estado de *tumultus*, y proclamar el *iustitium*.

Sobre esta figura, Maquiavelo, en sus *Discursos*, sugería *romper* el ordenamiento para salvarlo, porque era necesario, observando los poderes, arruinarlos; o para no arruinarlos, romperlos. (Agamben, 2004, p. 92)

Desde la doctrina, tenemos, en el texto introductorio de la obra del autor a que apelamos *in extenso* en este trabajo, que "el estado de excepción enfoca una de las nociones centrales de la obra de Agamben; ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión" (Agamben, 2005, p. 5).

Finalmente, señala Agamben que desde el punto de vista del derecho, es posible clasificar las acciones humanas en actos legislativos, ejecutivos, y transgresivos (2004, p. 98), para llegar a la conclusión de que el estado de excepción no es una dictadura, sino un espacio vacío de derecho, un *vacuum* jurídico, esto es, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas son desactivadas. De igual forma, pone nuestra vida natural, nuestra *nuda vida*, a disposición del poder político. Así, el estado de excepción articula aspectos de la máquina jurídico- política, e instituye un umbral de indecibilidad entre anomia y *nomos*, entre vida y derecho, entre *auctoritas* y *potestas*. (Agamben, p. 154)

Invita el mismo autor a que nos preguntemos si el estado de excepción no es una expresión íntima de solidaridad entre democracia y totalitarismo (Agamben, 2004, p. 11), y para ello partimos del significado de la irrupción extraordinaria de un modo de vida, impuesto a la fuerza, para seguir viviendo en un marco de legalidad de carácter democrático.

En un contexto histórico posterior, la Carta de Cádiz de 1812, apoyada en la ideología liberal de la revolución francesa (Fix, 2004, p. 806) ya regulaba la suspensión de garantías e incluso el estado de sitio. Es de observarse así que los estados de excepción constituyen medidas de rigor con arraigo histórico.

En ese mismo propósito de inclusión de antecedentes, la Comisión de Derechos Humanos de las NN.UU. aprueba el informe Despoy en 1998 (Fix, 2004, p. 829), y señala un conjunto de principios, en relación a los estados de excepción, en el ámbito de las obligaciones internacionales, y son los siguientes: a) De *legalidad*, en la exigencia de un marco formal previo autoritativo del estado de excepción; b) de *proclamación*, en cuanto se demanda una publicidad para la entrada en vigor de la norma de excepción; c) De *notificación*, dirigida a la comunidad para su conocimiento; d) De *temporalidad*, para evitar la prolongación indebida del mismo; e) de *amenaza excepcional*, que demanda se describan las condiciones excepcionales justificantes; f) De *proporcionalidad*, en relación a la necesaria relación entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis; g) De *no discriminación*, como condición necesaria para exigir la suspensión de derechos; y h) de *compatibilidad*, respecto a las normas de derecho internacional.

Desde otro eje de enfoque, el estado de excepción - *Ausnahmezustand* en la doctrina schmittiana (Flores, 2014, p. 49) - nace bajo la idea de hacer posible mecanismos jurídicos que pudieran enfrentar situaciones de características extraordinarias en la vida de una nación. La determinación aquí es estricta: se parte de la idea prefijada de que circunstancias no comunes no pueden ser combatidas con las herramientas regulares de ordenamiento de que disponen los gobiernos de turno.



La justificación del estado de excepción, entonces, resulta un pre requisito fundamental para su declaración, de donde debemos inferir un carácter de *necesariedad* para la invocación de esta figura jurídica, esto es, si no concurren circunstancias justificantes suficientes de este mecanismo, consideramos que se habilitan las alternativas jurídicas para su revisión. Entonces, ese *Notstand*, o estado de necesidad, si acaso éste puede tener forma jurídica, marca las líneas de fundamentación de ese estado de excepción.

Schnur ha definido el estado de excepción como una “guerra civil legal” (Agamben, 2004, p. 25), y es válido preguntarnos si esa noción tiene relación con las ideas de insurrección y resistencia, en la medida que la guerra civil, o el estado de guerra, *Kriegzustand*, es lo opuesto del estado normal (Agamben, 2004, p. 24). El mismo autor inquiriere si el estado de excepción no es un retorno a un estado original pleromático, en el cual la distinción entre los diversos poderes (legislativo, ejecutivo, etc.), no se ha producido todavía. (Agamben, 2004, p. 30). O acaso, si un ejercicio regular de esta institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia, o incluso si no se trata de un gobierno con más poder y ciudadanos con menos *Grundrechte*, o derechos fundamentales.

El estado de excepción propicia otras reflexiones, dadas las confusiones entre *ius* y *factum*. Anota Agamben que “si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar contenida en el orden legal?” (2004, p. 59), más aún si estamos ante el supuesto *necessitas legem non habet*, es decir, la necesidad no tiene ley, concluyendo el autor que la teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*). En ese sentido, son valiosos, reconoce el autor, los aportes de la teoría schmittiana, pues hacen posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico, en cuanto introduce en el derecho una zona de anomia, para hacer posible la normación efectiva de lo real. (Agamben, 2004, p. 77)

El caso de la Ley Fundamental de Perú es específico en este aspecto, pues considera la atingencia de que el Poder Ejecutivo, quien declara el estado de excepción - el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros - da cuenta del mismo, al Congreso o a la Comisión Permanente del Poder Legislativo. Desde esta exigencia, los actos del Poder Ejecutivo, en este ámbito, constituyen una forma de discrecionalidad relativa y no amplia, en tanto el Congreso tendría el camino expedito, aun cuando la Constitución misma no lo señala de esa forma, para que, bajo el mismo fundamento de la Ley de Leyes, se deje sin efecto una decisión de excepción no justificada.

El caso COVID 19 es un buen ejemplo de justificación de un estado de excepción. Las medidas de distanciamiento social, de confinamiento obligatorio de ciudadanos en sus hogares, y de serias restricciones a la libertad individual, no serían posibles a través de medidas regulares, pues ciertamente sería imputable una conducta arbitraria al Estado si se afectaran libertades ciudadanas estando vigente el Estado de derecho en su acepción regular. Así, es precisamente la herramienta del estado de excepción la figura que permite una restricción de las libertades ciudadanas, invocándose una coyuntura especial.

Entre antecedentes contemporáneos de serias restricciones de derechos, encontramos la *Patriotic Act* de EE.UU. (Fix, 2004, p. 854), la misma que en 2001, bajo la concepción



de las *martial laws* y *emergency powers*, incrementó las medidas de seguridad a raíz de los atentados terroristas en ese país, y dispuso detenciones prolongadas, sin garantías judiciales, para los sospechosos de posibles actos terroristas.

La Constitución peruana de 1993 prevé, en su artículo 137, dos formas del estado de excepción: el estado de emergencia y el estado de sitio, cada categoría de diferente textura, pero ambos mecanismos orientados a que se superen graves circunstancias que afecten la sociedad.

En relación al estado de emergencia prevé nuestra *Lex Legum*:

"1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación. En esta eventualidad, puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. El plazo del estado de emergencia no excede de sesenta días. Su prórroga requiere nuevo decreto. En estado de emergencia las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República."

En relación al estado de sitio, figura de origen francés según decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, que a su vez abordaba la previsión de que una ciudad pudiera ser atacada por fuerzas enemigas (Agamben, 2005, p. 28), tenemos que:

" 2. Estado de sitio, en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, con mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. El plazo correspondiente no excede de cuarenta y cinco días. Al decretarse el estado de sitio, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso."

El rasgo distintivo de un estado de excepción es su poder restrictivo de derechos fundamentales y bajo esta pauta, el Estado organiza medidas cuya primera línea de acción es la restricción de libertades ciudadanas en sus más diversas modalidades: la libertad de locomoción es relativizada, se establecen usualmente horarios de inamovilidad total, y la infracción a estas medidas puede acarrear la imposición de multas, e incluso el inicio de procesos penales. En otra faceta de los derechos reducidos, cierran todas las actividades sociales, entre restaurantes, bares, teatros, cines, centros comerciales y toda otra actividad no esencial, entendiéndose por servicios esenciales, entre otros y como actividades permitidas en la inamovilidad social, la atención en salud y compra de medicinas, la adquisición de alimentos, y las gestiones bancarias.


Resulta paradigmático concluir que para la defensa de unos derechos esenciales - la vida, la salud, etc.- exista la necesidad de restringir otras tantas libertades contemporáneas - derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de trabajo, etc. - igualmente importantes. Entonces, apreciamos en el estado de excepción un *balancing* legislativo implícito, pues la premisa de la cual parte la medida excepcional es justamente la exigencia de combatir los efectos perniciosos de una patología que afecta la vida regular de los ciudadanos. En el caso del COVID 19, confluyen dos factores inmediatos visibles a tener en cuenta: de un lado, la exigencia de protección del derecho a la salud, y por consiguiente el propósito de evitar más aún la afectación del



bien jurídico vida; y de otro lado, se cuida la no saturación de los servicios de salud ofrecidos por parte del Estado.

Sobre lo último es pertinente acotar una cuestión adicional: la cobertura de los servicios de salud encuentra muy mal parada la atención del Estado en países en vías de desarrollo. Latinoamérica, en particular, adolece de una infraestructura adecuada en servicios de salud. Sin perjuicio de lo indicado, tampoco el ejemplo europeo de hoy es la panacea ni el escenario opuesto de la buena atención: hospitales colapsados en países como Italia, España, Reino Unido y Francia, entre otros, han evidenciado, en los momentos más álgidos del brote, que los servicios de salud en esos países, incluso han demostrado ser insuficientes. Desde esta misma lógica, si ello sucede en países considerados del primer mundo, no queremos imaginarnos la dificultad con que han de enfrentar fuertes escenarios de la pandemia, por ejemplo, los países africanos, justamente porque es en el rubro de cobertura de servicios de salud donde muestran los países en vías de desarrollo una de sus principales debilidades.

Una importante precisión de la norma constitucional peruana, en relación al estado de excepción, específicamente en relación al estado de emergencia, se refiere a si se suspenden o restringen derechos fundamentales durante el plazo del estado de excepción. Consideramos que la referencia con propiedad debería ser de "restricción" de derechos, y ello fluye, con suficiente holgura interpretativa, de las Opiniones Consultivas cuyo análisis hemos de abarcar en un segmento posterior de este estudio.



La diferencia a adelantar es importante: la suspensión implica el no ejercicio absoluto del derecho fundamental en comento, en tanto que la restricción alude a una variante en su ejercicio, oscilando ésta de un nivel de ejercicio amplio a un nivel medio o incluso mínimo de sostenibilidad del derecho.

Por otro lado, la restricción es una manifestación compatible con la teoría de la afectación de los derechos fundamentales (Alexy, 2002, p. 161), en la medida que la suspensión de un derecho fundamental implica una afectación ostensible del derecho en cuestión, y no es éste el objetivo de un *balancing* o ponderación entre derechos fundamentales - la supresión o suspensión de un derecho- sino buscar la afectación menor posible del derecho fundamental; de esa forma, se reconoce la validez del derecho afectado y su ámbito de restricción del mismo, siempre que resulte el otro derecho fundamental concernido, con un grado de satisfacción mayor.

Referirnos a afectación y satisfacción implica un importante ejercicio de ponderación entre derechos fundamentales. El derecho afectado, en el balanceo o ponderación entre derechos, arroja un valor menor frente al derecho más satisfecho. Esta atingencia proviene de la ley de la ponderación, pues a mayor afectación de un derecho, tanto mayor debe ser la satisfacción del derecho preferido. De esa forma, es cierto, *verbigracia*, que se afecta el derecho a la libertad de trabajo a raíz del COVID 19, pero tanto mayor devendría la satisfacción de los derechos a la salud y a la vida.

En la misma línea de análisis abordado, la suspensión nos lleva a un escenario de afectación máxima del derecho fundamental, y aunque la doctrina contemporánea (Alexy, 2002, p. 164) admite, como posibilidad teórica, escenarios extremos de afectación elevada y satisfacción elevada entre dos derechos fundamentales, es de notarse que las *cargas argumentativas*, como alternativas de solución al grave problema

de dos derechos fundamentales afectados y satisfechos en su nivel más alto, finalmente buscan resolver esta controversia entre derechos, invocando elementos que mejor defiendan los principios materiales del Estado de derecho. De esa forma, resulta más satisfecho el derecho que se vincula mejor a los preceptos guía de una sociedad democrática.

Los principios que aludimos se relacionan con una *vera democrazia costituzionale*, o verdadera *democracia constitucional*, como proclama de las más amplias libertades ciudadanas, y con un *constitucionalismo democrático*, en el cual el ejercicio del control de los actos de poder y de las relaciones de balanceo entre los derechos fundamentales, se realiza buscando la mayor optimización de dichos derechos, a través de enunciados materiales de progresividad y no de regresividad de los mismos.

Entre los derechos restringidos por el estado de emergencia, subtipo del estado de excepción que la normativa constitucional de Perú reconoce en su artículo 2, verificamos los siguientes:

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

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

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

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

Las menciones a desarrollar aquí, a partir de estos enunciados, son amplísimas en relación a los efectos propios del estado de emergencia respecto a varios derechos. Dada esa extensión, reseñamos solo algunos ejemplos concretos.

Se restringe, según la norma, el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Procede de este modo, el ingreso de la autoridad en el domicilio de un ciudadano, efectuar investigaciones o registros, incluso sin autorización de la persona afectada. En condiciones regulares, el mandato judicial sería absolutamente necesario, pues en caso contrario, la Policía sería denunciada por abuso de autoridad. De la misma forma, sufren restricción los derechos a elegir el lugar de residencia, transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él. Se ha apreciado esta situación, objetivamente y a causa de la pandemia, en las restricciones de viajes aéreos, terrestres y marítimos en muchos países. Esta situación, de suyo, afecta seriamente el turismo, causando graves pérdidas económicas, entre ellas, la desaparición de numerosas fuentes de trabajo.

Igualmente, se restringen las reuniones en locales privados o abiertos al público, las convocadas en plazas y vías públicas. Eso es un efecto indirecto que persigue el confinamiento, pues precisamente para evitar mayores contagios, se cierran lugares públicos que, por excelencia, congregan público.



Adicionalmente, puede ser detenida una persona por desacato del estado de emergencia. El efecto aquí es muy sensible en tanto una de nuestras libertades más preciadas, entre otras, sin duda, es la libertad de locomoción. Entonces, carecer de un permiso de traslado, o incluso manejar un auto sin la debida autorización, puede significar, en casos extremos, la detención de una persona, y en caso de agravantes, como expresamos *supra*, el inicio y prosecución de un proceso penal.

La norma precisa que en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie. Esta especificación de la Constitución peruana tiene por objeto no agravar las condiciones de restricción durante el estado de excepción. El destierro, de otro lado, de producirse, además de merecer un desarrollo legislativo y no confundirlo con la expulsión del territorio, debería aplicarse en tiempos de regularidad democrática, después de un debido proceso legal con las más amplias garantías, y no justamente cuando se hayan restringidas las libertades fundamentales.

El estado de emergencia abarca un máximo de sesenta días y su prórroga requiere nuevo decreto. Esta categoría no puede ser indefinida y cabe mencionar, al respecto, el exceso del régimen nazi, pues tan pronto Hitler asciende al poder, suspende los artículos de la Constitución de Weimar relativos a las libertades personales, medida que no se revocó durante 12 años (Agamben, 2005 ,p. 25).

Adicionalmente, si el Presidente de la República lo dispusiera, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno. Esta precisión del legislador nos conduce a una noción de mayor reforzamiento de la atención, seguridad y control de personas, por parte del Estado, en este período excepcional de emergencia, dado que, en condiciones regulares, dicho control interno es asumido por la Policía Nacional. Sin embargo, se trata de una facultad del Poder Ejecutivo demandar el concurso coadyuvante de la Fuerza Armada.

El estado de sitio es una segunda variante del estado de excepción. Tiene lugar en casos de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan, siendo una exigencia la mención de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende. La situación aquí presentada es mucho más grave que el estado de emergencia, pues la guerra acarrea un escenario en el cual la pérdida de libertades es infinita.

El plazo asignado a esta modalidad es de cuarenta y cinco días y en su transcurso, el Congreso se reúne de pleno derecho. La prórroga requiere aprobación del Congreso. A diferencia del estado de emergencia, el rol del Parlamento es mucho más enfático en esta segunda modalidad de estado de excepción.

La historia republicana de Perú ha sido múltiple en estados de emergencia, declarados así en múltiples situaciones de coyuntura por el auge del terrorismo en décadas pasadas, entre otras causas, mas no han existido declaraciones de estados de sitio, por no haber existido principalmente conflictos externos de envergadura en la experiencia nacional.



2. COVID 19, coyuntura externa y DESC

El COVID 19 representa una variante de los coronavirus y las referencias históricas sobre su aparición nos conducen a la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en China. El país asiático reportó los primeros casos hacia fines de 2019 y lo más sorprendente de esta enfermedad ha sido su velocidad de propagación en los 5 continentes en las semanas siguientes.

Un balance provisorio nos lleva a un total de más de 5'000,000 de contagiados y más de 300,000 fallecidos, números reportados por la Organización Mundial de la Salud (El Comercio, 2020, p. 12) hacia la tercera semana de mayo de 2020. Entre los doce países más afectados figuran EE.UU., Rusia, Brasil, Reino Unido, España, Italia, Francia, Alemania, Turquía, Irán, India y Perú, superando el continente americano - Estados Unidos, Canadá, América Latina y el Caribe - en número de contagios, a Europa. Siguen en número de contagiados, por su orden, Asia, Medio Oriente, África y Oceanía, resultando las curvas de contagio y fallecidos aún altas, aunque existe una ligera tendencia a la baja.

Las tasas de decesos son igualmente preocupantes, pues Bélgica registra una alta tasa de letalidad con 79 decesos por cada 100,000 habitantes, y le siguen España (60), Italia (54), Reino Unido (53), y Francia (43).

Aunque sabemos que son aún muy provisionales y describen apenas un momento de una pandemia cuya duración desconocemos, las cifras acotadas *supra* en buena cuenta producen un efecto de desconcierto general, en tanto concurren dos variantes a reseñar: en un primer orden de ideas, la contención del mal resultó muy débil y tardía en un sinnúmero de países. De esa forma, los sistemas de alerta de salud pública, a pesar de las experiencias del SARS en 2003, MERS en 2012, y el ébola en 2014, no resultaron eficientes para una actuación rápida frente a la nueva enfermedad.

El COVID 19 demandaba en buena cuenta, respecto de todos los ordenamientos, una inversión preventiva en sistemas de salud pública, tarea que no se cumplió adecuadamente, y donde se cumplió, se realizó en forma insuficiente. Ciertamente, puede resultar un argumento de oposición que nadie se pudo haber imaginado los alcances de esta pandemia, y sin embargo, esta atingencia resulta diminuta, pues las coberturas de los servicios de salud, de forma común, han significado, en todos los casos, insuficientes camas en Unidades de Cuidados Intensivos en los hospitales, ausencia de balones de oxígeno suficiente en las primeras líneas de atención de los hospitales, encarecimiento de medicinas de tratamiento de la enfermedad, entre otras notorias circunstancias.

Y en un segundo orden de ideas, el COVID 19 pone en evidencia la poca atención del *deber especial de protección* que le asiste a todo Estado respecto a sus tareas en relación a los derechos a la vida y a la salud. El deber a que aludimos representa una obligación material, de honda raigambre constitucional, que les asiste a los países en la tutela de los derechos fundamentales esenciales de los ciudadanos. No representa una referencia nominal, que solo venga de la jurisprudencia constitucional o de elaboraciones doctrinarias bien construidas, pues a los Estados les compete velar por la consolidación de un sistema de salud que responda a las necesidades mínimas de sus ciudadanos.

Otra faceta muy compleja de esta enfermedad se expresa también en el nivel de ausencia de síntomas que la misma presenta, lo cual dificulta una atención más eficiente



de las autoridades de salud. En efecto, mientras que en los casos de las enfermedades MERS Y SARS, se pudo desarrollar un alto nivel de focalización y consiguiente tratamiento, reduciendo su diseminación, en el caso del COVID 19 existen muchas personas asintomáticas que, sin saberlo, esparcen la enfermedad.

El término práctico, el asintomático sufre la enfermedad, por lo general sin saberlo, pero al no existir mayores malestares o ser éstos muy leves, potencialmente constituye esa persona un foco de contagio, y por tanto, de propagación del virus. Solo de esa manera se puede explicar el alto número de contagios en los cinco continentes, pues incluso países que ya habían logrado un relativo control de la enfermedad a mayo de 2020 - Singapur, Suecia, Chile, entre otros- enfrentan ahora un nuevo nivel de contagios, lo cual hace temer una nueva gran ola de afectados.

El COVID 19, desde otra perspectiva, reproduce un viejo debate doctrinario sobre los derechos económicos, sociales y culturales DESC, en el sentido de que a éstos se les acusa de costosos para el Estado, y por tanto, de difícil impulso en el desarrollo de las sociedades. En efecto, si un derecho social, como el derecho a la salud, demandaba considerables esfuerzos de inversión en infraestructura básica y suficiente en salud pública, se prefería, por cuestiones de limitación presupuestaria, no invertir o invertir muy poco en el mismo. Así, las direcciones fiscales de los gobiernos, en especial las de los países en vías de desarrollo, solían priorizar otras áreas de atención, mas optando en la práctica por postergar inversiones en presupuesto de salud pública. Así, hacia 2019, los países pobres y de ingreso medianos invierten al año 60 dólares por habitante, en tanto que los países de ingresos altos lo hacen en un nivel de 270 dólares por persona. (Infosalus, 2019)

Solo de esa manera se explica que esta pandemia haya rebasado enteramente las capacidades de atención en salud pública en muchos países en vías de desarrollo, lo cual a su vez disparó, lamentablemente, la tasa de fallecidos, justamente por falta de cobertura en atención médica de nivel inicial.

De otro lado, el COVID 19 reaviva el reto de impulsar una unificación de criterios respecto a la existencia de las generaciones de derechos fundamentales, y así, si bien los derechos civiles y políticos asumieron un primer matiz histórico en su aparición, al ser generadores del *Rule of Law*, y luego lo hicieron tanto los DESC para proyectarse hacia otros cambios de la vida en sociedad, como luego los derechos de solidaridad, entre ellos el medio ambiente, hoy la tendencia que proponemos se genere, debe expresarse en la integración de los derechos en un solo segmento o categoría o estamento de derechos, para que la atención del Estado se vuelva prioritaria en proyección hacia todos los derechos, sin exclusión, y se deje de lado la concepción de complejidad de realización de los DESC por resultar efectivamente onerosos.

Ahora bien, podemos admitir que crear fuentes de trabajo, construir colegios o levantar hospitales verdaderamente equipados, entre otras facetas concretas de materialización de algunos DESC, pueda resultar inevitablemente exigente, así como demande recursos del Estado y, sin embargo, la bondad de unificación de tratamiento de los derechos fundamentales en una sola categoría, ha de llevarnos a la configuración de políticas públicas que, sin distinguir prejuicios en las perspectivas de los derechos fundamentales, impulse por igual las dimensiones de los derechos. El propósito



ciertamente sería que no constituya excusa de acción que un derecho social específico no sea impulsado porque representa una alta contingencia económica.

A tenor de lo expresado, no podemos negar que el COVID 19 incluso evidencia una figura de discriminación atípica, pues si bien el virus no distingue entre ricos y pobres para afectar a los seres humanos, sí resulta insoportablemente discriminatorio, en sentido social, que un ciudadano de una localidad alejada de la ciudad en un país pobre, fallezca a causa de esta enfermedad anómala, porque no alcanzó ni siquiera un nivel de atención básica, frente a ciudadanos que, en economías de países desarrollados, sí logran, aunque a veces entendemos a duras costas pero lo logran, una atención cuando menos mínimamente idónea frente al brote de la enfermedad.

3. Derechos fundamentales y posición de la Corte IDH

Revisados algunos conceptos centrales sobre el tema que nos ocupa, corresponde volver hacia una idea que plantea como interrogante si acaso, dados los estados de excepción en los ordenamientos jurídicos de gran parte de las democracias del mundo, y a su vez, conocidos algunos alcances de una enfermedad temeraria como el COVID 19, deviene necesario redefinir o reconfigurar los derechos fundamentales, dadas las restricciones elaboradas en muchos Estados a través de los estados de excepción.

Nuestra apuesta tajante es por una inviabilidad de reexpresión de los *droits fondamentaux*, o derechos fundamentales, como suelen ser conocidos en los ordenamientos internos, o de los derechos humanos, como se les denomina en el derecho supranacional, en tanto los mismos gozan de una característica material de progresividad, ya afianzada, tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales como en la jurisprudencia de los altos tribunales de derechos humanos.

Queremos expresar, con lo acotado, que si bien los estados de excepción obedecen a una expresión de temporalidad, resulta contrario a una concepción democrática de libertades fundamentales, que el ciudadano pudiera comprender que las restricciones impuestas por el Estado puedan ser aceptadas sin más, y sin evaluarse la razonabilidad y conveniencia de las medidas que se adopten en un estado de excepción.

En efecto, se disponen confinamientos e inamovilidad de los ciudadanos, entendemos que por una coyuntura de suma urgencia, pero dentro de esa mirada hacia atrás de los derechos, no puede excluirse como valoración trascendente, que los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos consagran posiciones jurisprudenciales y normativas de orden tuitivo, a través de los instrumentos que elaboran en la protección de los derechos humanos, entre decisiones jurisprudenciales y herramientas directrices en la interpretación de los derechos protegidos tanto por la Convención Americana de Derechos Humanos como por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para el cumplimiento de esa tarea, entonces, hemos de reseñar, *a vol d'oiseau*, esto es, brevemente, algunos instrumentos, prevalentemente del sistema interamericano, por constituir nuestro foco de acción en el plano regional, en conjunto útiles en la defensa de los derechos humanos en los estados de excepción.



3.1. Declaración Corte IDH sobre COVID 19

Con fecha 09 de abril de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos publica una Declaración(Corte IDH, 2020) en relación al COVID 19 y los derechos humanos, reseñando que los problemas y desafíos planteados por esta coyuntura, deben ser abordados por los Estados con una perspectiva de los derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.

La Declaración alude a la importancia de fomentar el diálogo, la cooperación internacional y los multilateralismos en la coordinación de esfuerzos regionales para contener la pandemia. Ello alude, observamos, a una cooperación conjunta de los Estados. Por otro lado, se precisa que las limitaciones deben ser temporales y ajustadas a objetivos definidos, cuidándose que el uso de la fuerza se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Importante mención reside en la atención que deben poner los Estados, en medio de esta pandemia, respecto a los grupos vulnerables. En esta mención existe una referencia tácita a las 100 Reglas de Brasilia, instrumento matriz nacido en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, en relación al acceso a la justicia.

La Declaración alude a los siguientes grupos:

" (...) las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia."

Un detalle a especificar, en relación a la tradicional definición de grupos vulnerables, es que esta Declaración incluye al personal de servicios de salud, así como tiene lugar una mención específica a la obligación de los Estados de proveer a estos grupos de trabajo de insumos, equipos, materiales, e instrumentos que protejan la integridad, vida y salud de estos trabajadores.

De la misma forma, respecto a los derechos de las mujeres y niñas en sus hogares, recomienda la Corte IDH que frente al aislamiento social que vivimos, se recalque el deber estatal de debida diligencia estricta, y se implementen mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, reforzando la atención a las víctimas.

En el caso de las prisiones, recalca la Corte la necesidad de reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, dada la posición especial de garante del Estado. En el mismo sentido, recomienda velar porque se preserven las fuentes de trabajo.

Anotación especial merece la referencia a que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID 19, no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad. En otro segmento, promueve que se proteja particularmente la actividad de periodistas y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas las medidas que se adopten.



Finalmente, pone en alerta a los Estados para combatir la xenofobia, el racismo y cualquier otra forma de discriminación.

En conjunto, la Declaración avala que los Estados adopten decisiones restrictivas de derechos, dada la coyuntura de la pandemia que afecta las sociedades, pero recuerda el deber importante e ineludible de la autoridad, de establecer medidas que respeten los lineamientos de los derechos humanos en concordancia con las obligaciones internacionales. En caso contrario, el camino queda habilitado, así lo entendemos, para que los excesos de poder, en estados de excepción, puedan ser objeto de control jurisdiccional.

3.2. Opiniones Consultivas OC-8/87 y OC-9/87, sobre habeas corpus y garantías judiciales

En otro ámbito de análisis, es pertinente mencionar el contexto de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, contempladas en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos CADH. Tales opiniones, solicitadas por los Estados, no responden a un caso concreto puesto en conocimiento de la Corte con anterioridad, sino a directrices de interpretación de los derechos humanos, en concordancia con la CADH. En tal sentido, fija la Corte posiciones interpretativas a las cuales se han de dirigir los casos en los cuales tenga competencia la Corte IDH. En términos pragmáticos, la Corte indica cuál va a ser su posición interpretativa a futuro en la dilucidación de los casos vinculados a los derechos que interpreta.

Realicemos una breve referencia a dos Opiniones Consultivas de la Corte IDH respecto a las limitaciones de garantías. La primera es la Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, relativa al habeas corpus bajo suspensión de garantías, en relación a los artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la CADH, Opinión solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La consulta planteada fue:

¿El recurso de hábeas corpus, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es una de las garantías judiciales que, de acuerdo a la parte final del párrafo 2 del artículo 27 de esa Convención, no puede suspenderse por un Estado Parte de la citada Convención Americana? (Corte IDH, 1987a, p. 3).

La Corte valora que los Tratados deben interpretarse de buena fe y que, por lo tanto, la referencia a suspensión no debe entenderse en sentido estricto. Igualmente, que la mención a suspensión se circunscribe a casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenacen la independencia o la seguridad del Estado parte, y que existen derechos que no admiten suspensión, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la prohibición de esclavitud y servidumbre, entre otros.

Precisa, igualmente, que tampoco comporta la noción de suspensión, una real suspensión del Estado de derecho, y de esa forma, resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites, los cuales deben estar previamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción.



Entonces, corresponde a un juzgador autónomo e independiente verificar si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción autoriza. Por lo tanto, el habeas corpus constituye una garantía judicial indispensable para la protección de varios derechos.

Finalmente, concluye la Corte que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos, conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

En otro segmento de análisis, la Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 06 octubre de 1987, examina las garantías judiciales en estados de emergencia, en referencia a los artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH. La opinión fue solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

Uruguay demanda que se interprete el alcance de la prohibición, contenida en la Convención, de suspender " las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Se inquiera que como incluso " en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte", artículo 27.1, no es posible suspender " las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos ", es necesario que la Corte dé su opinión en cuanto: a) la determinación de cuáles son "esas garantías judiciales indispensables ", y b) la relación del artículo 27.2, en lo pertinente, con los arts. 25 y 8 de la Convención Americana.

La Corte considera que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. Y si ese recurso existe, debe ser idóneo para determinar si ocurre una afectación a los derechos humanos cuya vulneración se denuncia.

De igual modo, enfatiza la importancia del concepto *debido proceso legal*, el cual abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Adicionalmente, considera aconsejable no tratar una enumeración exhaustiva de las garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas, pues ello dependerá, en cada caso, de un análisis del ordenamiento jurídico y la práctica de cada Estado parte, de cuáles son los derechos involucrados y de los hechos concretos que motiven la indagación.

Finalmente es conclusión de la Corte, en primer lugar, que:

"(...) deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención."(Corte IDH, 1987b, p. 11)

En un segundo orden de ideas señala la Corte, como siguiente conclusión, que:

"También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos."(Corte IDH, 1987b, p. 11)

Por último, y como tercera conclusión acota: " Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8 de la Convención."(Corte IDH, 1987b, p. 12)

La valoración conjunta de estos instrumentos arroja una conclusión importante: los estados de excepción no tienen por vocación la desaparición de los derechos fundamentales, mas la esfera de decisión al respecto no reside en los Estados, sino en los propios ciudadanos, para quienes es exigible conocer y hacer eficaces los instrumentos de defensa de los derechos protegidos por la CADH.

4. Balance de reflexiones finales

Retomamos un concepto antes vertido: el COVID 19 no reconfigura los derechos fundamentales, sino tan solo los afecta temporalmente. Surge entonces el enorme reto de asumir que esa reducción de espacios de las libertades ciudadanas se realice y tenga lugar sin exclusión de los lineamientos que fijan la propia reciente Declaración de La Corte IDH sobre el COVID 19, así como los alcances que fluyen de las Opiniones Consultivas OC No. 8/87 y 9/87, ambas referidas precisamente a limitaciones de derechos en tiempos de estados de excepción.

Una clave importante a tener en cuenta, a juicio nuestro, es la viabilidad de sometimiento a control de los actos de poder en relación a las limitaciones a los derechos ciudadanos protegidos por la Convención Americana, en la medida que no es una facultad irrestricta de los Estados que, bajo el argumento de las limitaciones de los estados de excepción, se suspendan, anulen o minimicen los derechos básicos de los ciudadanos.

En relación a ello, el baremo de control para esos efectos son los propios instrumentos de la Corte IDH enunciados *supra*, los cuales asumen una naturaleza de elementos de valoración a ser tenidos en cuenta por las autoridades que restringen derechos, y de corresponder, es tarea del poder jurisdiccional determinar la compatibilidad de los actos de poder con los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos.

Cuanto queremos enfatizar es que el solo hecho de constituir autoridad, en sentido formal, no otorga a los gobiernos una facultad irrestricta para la delimitación restrictiva y excesiva de los derechos y libertades, sino que constituye un instrumento clave de análisis la determinación del nivel de intensidad en la afectación de los derechos ciudadanos. Bajo esa pauta, puede devenir la conducta del Estado ilegítima si se fijan restricciones incompatibles con los derechos humanos, y los baremos de evaluación al respecto parten de los lineamientos materiales de la Declaración de la Corte IDH de abril de 2020, así de las demás exigencias de procedimiento, esclarecimiento y balanceo de derechos que fluyen de las Opiniones Consultivas OC 8/87 y OC9/87.



Entonces, es a ese ámbito de acción de directrices a donde corresponde el adecuado nivel de delimitación de las libertades ciudadanas, reservándose incluso al poder jurisdiccional, enfatizamos una vez más, la determinación del nivel propio de restricciones que corresponde materializar, en la medida que la justificación de una emergencia, alarma o calamidad que se enfrenta, no basta para configurar un estado de excepción que, cual mecanismo *deus ex machina*,² avasalle los derechos ciudadanos, sino que la propia situación de excepción exige y demanda que sean concordados, en estricta justicia constitucional y de convencionalidad, los niveles de restricción de los derechos ciudadanos.

Adicionalmente, son precisamente en estas coyunturas extraordinarias en donde se pone a prueba la raigambre tuitiva del *Rule of Law*, o Estado de derecho, pues en tiempos de normalidad, si cabe el término, el nivel de ejercicio de los derechos puede alcanzar grados de protección relativamente amplios. Y sin embargo, es cuando el ciudadano observa que no puede transitar libremente por el territorio nacional, o que no puede optar por una sana actividad de esparcimiento, o cuando se le restringe incluso el derecho a trabajar libremente, cuando corresponde determinar si acaso la adopción de medidas ostenta un grado de irrazonabilidad, y el baremo para ello es que las restricciones a los derechos ciudadanos, cuales fuera su naturaleza, sean idóneas, necesarias y proporcionales.

Entonces así como es inviable un libre albedrío ciudadano irrestricto en tiempos de paz o de excepción, igualmente es necesario, si un caso lo amerita, un examen de control del nivel de limitación de las libertades esenciales, lo cual solo se puede lograr con instrumentos de protección de nuestros derechos, tanto en el rango nacional, como en el ámbito supranacional, siendo este último elemento de *ratio iuris* para la tutela de nuestras más preciadas libertades.

Otro balance importante que esta pandemia nos deja, ya reseñado, es la exigencia de redefinir las generaciones de derechos fundamentales desde una nueva perspectiva unitaria. Se abandonaría así la idea de que los DESC son costosos, onerosos y que demandan ingente presupuesto público. Una visión de políticas públicas que reconfigure los derechos fundamentales en una sola dimensión, importaría nociones de exclusión de realización de los DESC por demandar mayores recursos y, de esa forma, derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales, a la par que derechos de solidaridad, tendrían un solo tratamiento principista de impulso en las políticas públicas de los Estados.

Publicado en la Revista Oficial del Poder Judicial del Perú. Vol. 11 Nro. 13., enero- junio 2020. pp. 407-438.

²La locución latina *deus ex machina* hace referencia, simbólicamente, a " un dios que baja de la máquina" (traducción de la expresión griega «ἀπὸ μηχανῆς θεός» (*apómēchanēsthēós*). Sus antecedentes se remontan al teatro griego y romano, cuando una grúa o máquina introducía desde fuera de escena a un actor que interpretaba a un dios para resolver una situación o asignar un giro a la trama. Entendemos aquí una figura de resolver por la fuerza, irrazonablemente, una determinada situación.

Bibliografía

Agamben, G. (2005). *Estado de excepción. Homo sacer, II, I.* Adriana Hidalgo. Editora. Recuperado de <http://geopolitica.iiec.unam.mx/sites/default/files/2017-08/Agamben%20Giorgio%20-%20Estado%20de%20excepcio%CC%81n%20-%20Adriana%20Hidalgo.pdf>

Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2da edición.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987a). Opinión Consultiva OC-8/87, de fecha 30 de enero de 1987, relativa al habeas corpus bajo suspensión de garantías, en relación a los artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la CADH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987b). Opinión Consultiva Oc-9/87, de fecha 06 octubre de 1987, sobre garantías judiciales en estados de emergencia, en referencia a los artículos 27.2, 25 y 8 de la CADH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Declaración de la de fecha 09 de abril de 2020, respecto a los problemas y desafíos que plantea el COVID 19 para los derechos humanos.

Fix- Zamudio H (2004). *Los estados de excepción y la defensa de la Constitución.* Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4726>

Flores, C. (enero, 2014). *El estado de excepción en la época actual. Apuntes electorales.* Año XIII, núm. 50, enero-junio. pp. 43-86. Recuperado de: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElEstadoDeExcepcionEnLaEpocaActual-6426349.pdf>

Fundación Myrna Mack. (2013) .Estados de excepción y derechos humanos. Recuperado de: <https://myrnamack.org.gt/images/stories/fmm/archivos/analisis/2013/estados%20de%20excepcin.pdf>

Infosalus. (2019) OMS: el gasto en salud representa el 10% del PIB mundial. Recuperado de <https://www.infosalus.com/actualidad/noticia-oms-gasto-salud-representa-10-pib-mundial-20190221111222.html>

Redacción Mundo (22 de mayo de 2020). Se rompe la barrea de los 5 millones de casos. *El Comercio.* p. 12.



GARCÍA AMADO Y EL OBJETIVISMO MORAL

Manuel Atienza Rodríguez
España



1.

Siempre que he leído un texto de Juan Antonio García Amado (o que he asistido a alguna de sus intervenciones orales) he tenido una misma y doble sensación: la de aprender mucho y la de disfrutar también mucho con el humor (que si hubiera que calificarlo de alguna manera, sería recurriendo a expresiones como “no contenido”, “desenfadado”, o alguna otra por el estilo) del que inexorablemente hace gala. Es lo que me ha ocurrido también con este texto, “Objetivismo moral y Derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza”, y a pesar de que las chanzas, sarcasmos, etcétera, que pueblan sus páginas sean en este caso más bien a mi costa. O sea, el lector del anterior trabajo es llevado a pensar, me parece, que yo soy un ejemplo de persona (iusfilósofo) honesta, que actúa (escribe) de buena fe, pero también un poco tonta, puesto que no he sido capaz de darme cuenta de una serie de obviedades que, precisamente, constituyen la materia prima que desencadena en este caso la vena jocosa de García Amado.

Si ese tipo de trato no me resulta ofensivo, ello no se debe a que yo sea un individuo con cierta tendencia al masoquismo; no creo ser ese tipo de persona. Se debe simplemente a que no me parece ofensivo que alguien pueda decirte en algún momento que lo que pretendes hacer o que has hecho, o lo que has pensado o estás pensando (y quizás respecto a una cuestión de gran trascendencia para ti) es una completa estupidez, puesto que nosotros mismos somos conscientes de vez en cuando de haber obrado o pensado así: tontamente. ¿Quién no ha hecho alguna vez una reflexión del tipo de “¡Cómo he podido ser tan tonto para no darme cuenta de que...”!? Además, yo también pienso de Juan Antonio García Amado que él es una persona honesta, y que todo lo que escribe y dice sobre filosofía del Derecho es de buena fe, por equivocado que en ocasiones me haya parecido. De manera que, para contestar a las anteriores críticas, voy a empezar por hacer un elenco de lo que en su escrito aparecen como obviedades que yo no he sabido ver. Más exactamente, voy a empezar por señalar cuáles serían esas verdades de Perogrullo desde la perspectiva de un lector que se aproxima al texto de buena fe, pero sin poseer todos los datos contextuales;

quiero decir, lo que un lector puede haber interpretado como un grueso error por mi parte podría no coincidir -o no del todo- con lo que García Amado ha querido decir, porque este último parte de ciertos presupuestos que quizás muchos lectores desconocen.

2.

Veamos entonces en qué habrían consistido esos errores groseros. Los numero para facilitar luego la labor de su análisis. Y no los presento de manera sistemática; quiero decir, los voy enunciando siguiendo el hilo de la exposición de García Amado, y sin preocuparme por las posibles reiteraciones. Debo aclarar también que los primeros de esos errores (los seis primeros) Juan Antonio no me los atribuye a mí directamente; pero insisto en que el lector es inducido -me parece- de alguna manera a pensar que sí los cometo. Ahí van:

1) Haber pensado que no hay una diferencia relevante entre un enunciado como A1: “La luna es el único satélite natural de la tierra” y A2: “La esclavitud humana es injusta” (apartado 1).

2) No haber comprendido la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral, o sea, que una norma de contenido injusto o inmoral puede ser Derecho válido y que una norma, por muy justa que sea, no por ello es una norma jurídica; ese error lo habría cometido -según García Amado- porque “para el iusmoralismo [y yo sería uno de esos autores iusmoralistas], si es derecho es justo, y si es injusto (o muy injusto) no es derecho” (apartado 3.1).

3) Pensar (puesto que es una consecuencia de lo anterior) que “una grandísima parte de las normas de los ‘derechos’ de antaño y una enorme parte de los sistemas ‘jurídicos’ de ahora no constituirían verdadero derecho, dada su evidente injusticia” (apartado 3.1).

4) No entender que el iuspositivismo no es lógica o intelectualmente incompatible con el objetivismo moral (apartado 3.2).



5) No entender que un no objetivista no es alguien que carezca de creencias morales, sino alguien que piensa que un juicio moral (como “La esclavitud humana es injusta”) no se puede “demostrar de ningún modo que sea objetivamente correcto, como sí se puede demostrar que es objetivamente correcto el enunciado empírico ‘La luna es el único satélite natural de la tierra’ “ (apartado 3.4).

6) No entender (consecuencia de lo anterior) que si frente a una afirmación como la anterior, “La esclavitud humana es injusta”, alguien sostuviera cualquier otra como “La esclavitud humana es justa”, no habría manera de demostrar objetivamente quién de los dos tiene razón (apartado 3.4).

7) No darme cuenta de que apelar a la razonabilidad como criterio de corrección carece de sentido. Es más, calificar a alguien que discrepa de nosotros (en cuestiones morales) como de “no razonable” -afirma García Amado- “no sé si es muy acorde con la libertad religiosa e ideológica de la Constitución” (apartado 4.1).

8) Pensar que las normas (en materia religiosa) que emiten los muchísimos Estados no laicos que existen en el mundo (en la medida en que no respetan el principio de laicidad) “no son auténticas normas jurídicas o lo son de un modo constitutivamente imperfecto” (apartado 4.1).

9) Pensar que motivar (justificar) una decisión judicial presupone la pretensión de que esa decisión es objetivamente correcta (apartado 4.2).

10) Lo anterior (o sea, si se asume 9) lleva a tener que pensar que “si una persona religiosa que habla de su credo con gran fe y convicción o un teólogo que glosa los textos sagrados de una confesión pretenden con gran seriedad que su dios existe, su dios existe objetivamente; y si alguien justifica con gran firmeza, convicción y esmero que él realmente vio una nave interestelar llena de alienígenas, tenemos en eso una prueba o fuerte indicio de que los alienígenas deben de existir ‘objetivamente’”. Pero -objeta a la anterior



simpleza García Amado: “¿Desde cuándo la pretensión firme de X es una prueba de que X es firme?” (apartado 4.2).

11) Suponer que nuestros jueces son tan engreídos como para considerarse a sí mismos objetivistas morales, o sea, como para no sentenciar “sin estar convencido el juez en cada caso de que su decisión es la única objetivamente correcta y por razones no meramente aceptables” (apartado 4.2).

12) Afirmar que en toda justificación judicial hay que presuponer una premisa de carácter moral. Cuando lo cierto es que las razones que un juez pueda tener para acatar las normas de su sistema pueden ser muy diversas: pueden tener carácter moral, o pueden ser, por ejemplo, razones de conveniencia personal, temor, cálculo económico etcétera. A no ser, claro está que “llamemos morales a razones de cualquier tipo y digamos, por ejemplo, que son razones morales las que inclinan a quien iba a atracar un banco pero se abstuvo por miedo a que el personal de seguridad le pegara un tiro” (apartado 4.3).

13) Suponer que porque muchos de los comportamientos en el marco de una cierta actividad (el Derecho o la economía) están movidos por razones morales, entonces la moral pasaría a ser un componente objetivo de esa actividad (del Derecho o de la economía) (apartado 4.3).


14) Suponer que la obligación de los jueces de cumplir las normas de su sistema no puede tener ya carácter jurídico, sino que sería una obligación moral. Cuando: “Las razones morales por las que eventualmente se cumplan las normas no convierten a todas las normas en razones morales. Que algún sicario pueda encontrar razones morales alguna vez para cumplir las normas de su grupo mafioso no altera la naturaleza mafiosa de esas normas, no las moraliza” (apartado 4.3).

15) No darme cuenta de que mi modo de proceder (al sostener que los jueces erigen una pretensión de corrección) es el mismo que el de “los iusnaturalistas de toda la vida”, aunque yo pretenda no serlo: “primero cuela por la ventana lo que después saca tranquilamente por



el portón del derecho: la conclusión de que no hay más derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera, moral verdadera que, casualmente, nunca es otra moral o la moral de los otros” (apartado 4.3).

16) No dar cuenta del engaño que supone adherirse al constructivismo moral, o sea, sostener que lo objetivamente correcto sería aquello a lo que tendrían que llegar por consenso quienes participaran en un diálogo racional. Pues eso no sería más que una forma de darse la razón a uno mismo (hacerse trampas en el solitario): “En otras palabras más claras: cuando, ante un dilema moral, una persona maneja seriamente razones en pro y en contra de tal o cual acción y acaba decidiendo que pesan más las razones para lo uno que para lo otro, si hace seguidamente el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes va a concluir...,lo mismo” (apartado 4.4).



17) No dar cuenta de una diferencia clave que existe entre la medicina y el Derecho: “así como en cada momento histórico rige un acuerdo muy general entre los médicos y en los grupos sobre qué es y qué no es enfermedad, en las sociedades contemporáneas occidentales, en nuestros estados democráticos de derecho, no hay tales acuerdos poco menos que indiscutibles sobre los ‘males sociales’, sino precisamente desacuerdos tenidos por legítimos y cuya resolución, siempre provisional y revisable, se deja a la decisión mayoritaria de los ciudadanos” (apartado 4.5).

18) No dar cuenta (consecuencia de lo anterior) de que “el juez no es quien para diagnosticar los padecimientos o las necesidades sociales. El juez no es un científico de la sociedad, como el médico lo es de los cuerpos humanos o el veterinario lo es de los cuerpos animales” (apartado 4.5).

19) Como consecuencia de los dos anteriores errores: No dar cuenta de que la solución a problemas del tipo de cómo regular la prostitución, el impuesto sobre sucesiones o el matrimonio compete a los legisladores y no a los jueces. Si no fuera así, si se dejara a la decisión de los jueces la resolución de esos problemas (como dejamos que sean los médicos los que decidan cómo tratar el cáncer de pulmón) “sería el final del estado constitucional y

democrático de derecho, se le estaría dando la puntilla”. Y añade: “En algunos países, y en particular en Latinoamérica, ya se le está dando la puntilla” (apartado 4.5).

20) No darme cuenta (el error anterior visto desde otro ángulo) de que “al juez...del estado de derecho no le compete el cometido de velar por la justicia en el grupo social o por la dignidad de las personas o la ecuanimidad de las relaciones sociales, etc. “. Puesto que sobre esas cuestiones “tienen puntos de vista divergentes los ciudadanos y los mismos jueces, y todos pueden dar excelentes razones en pro de sus preferencias”, según nuestras constituciones, “la ponderación vinculante la hace el legislador” (apartado 4.5).

21) No darme cuenta de que el juez no puede anteponer su conciencia moral a la ley, cualquiera que sea el tipo de ética o de metaética que cultive. “El juez que anteponga la moral suya a la ley de todos, por muy objetivista que se quiera tal juez, no es un juez auténtico. En tanto que juez es un impostor, y dentro del orden constitucional es un golpista” (apartado 4.5).

22) No comprender que cuando las normas son vagas, contradictorias o dejan lagunas, los jueces tienen que ejercer su discrecionalidad y no pensar que existe una única respuesta correcta en Derecho. La creencia en la existencia de una única respuesta correcta contribuye a “dinamitar las estructuras más básicas del estado constitucional de derecho. Que queramos hacerlo en nombre de los valores constitucionales no será disculpa, sino mayor escarnio” (apartado 4.5).


3.

Y ahora vayamos a los comentarios.

Ad 1) Como decía, esa distracción (no distinguir entre un enunciado descriptivo y otro valorativo o normativo) no me la atribuye directamente García Amado. Pero es que resulta que, en un artículo que escribí hace ya años (y cuyo origen está en una ponencia que presenté en Santo Domingo en un congreso al que también él asistió), dedicado a criticar el



escepticismo moral (y a defender el objetivismo), yo partía de ejemplos que cabe considerar semejantes a los de García Amado: una cosa es afirmar que “el mundo en el que vivimos es injusto” y otra que “el mundo tiene hoy más de 7.000 millones de habitantes” o que “ la República Dominicana está situada en una isla del Caribe”. Aclaraba que la primera afirmación no tenía exactamente la pretensión de ser verdadera, pero sí objetivamente correcta. Y señalaba lo que entendía por objetividad: “Objetividad significa que a favor de esos enunciados pueden darse razones concluyentes; que cabe, en relación con los mismos, una argumentación racional y que, por consiguiente, nuestros enunciados morales pueden resultar fundados o infundados (o más o menos fundados o infundados) de manera semejante, pero no idéntica, a como los enunciados científicos o, en general, los enunciados descriptivos pueden calificarse como verdaderos o falsos”¹ .



¿Hay entonces alguna diferencia con lo escrito por García Amado? Parece que sí. Los dos distinguimos entre esos dos tipos de enunciados, pero la distinción que yo hago es menos tajante que la suya, puesto que yo veo una analogía entre unos y otros, o sea, hay por mi parte cierto intento por buscar algunas coincidencias (o semejanzas) entre ellos, mientras que el propósito de García Amado es más bien el contrario: subrayar la diferencia. Concretando más, cabría decir que yo pretendo que en favor de la corrección de un enunciado moral (al menos, de algunos de ellos) es posible dar razones concluyentes, mientras que él lo negaría. O, todavía con más precisión: él aceptaría que si nos pusiéramos de acuerdo (o en la medida en que exista ese acuerdo) en relación con los valores o los fines últimos, podríamos encontrar razones concluyentes (para concluir que el mundo actual es injusto o que la esclavitud es injusta); pero que si, por ejemplo, alguien sostuviera que la desigualdad profunda entre los seres humanos (como la que representa la esclavitud o las enormes diferencias en términos económicos de nuestras sociedades) es un componente esencial de la justicia, entonces ya no habría ninguna razón concluyente para sostener que “el mundo actual es injusto” o que “la esclavitud es injusta”.

¿Pero es aceptable esta última forma de ver las cosas? Yo creo que no, que se trata de una posición insostenible. Por supuesto, hay racistas, esclavistas y neoliberales en nuestro


¹ Manuel Atienza, Podemos hacer más. Otra forma de pensar el derecho, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, p. 79.

mundo. Pero los valores (empleo la palabra en sentido descriptivo: lo que alguien o un grupo considera como fines últimos) en que se basan quienes defienden la esclavitud o la desigualdad radical carecen de justificación moral y racional. O, dicho de otra manera, las razones que pretenden darnos (que nos dan) en favor de esa posición no tienen, ni mucho menos, la fuerza de las razones en favor de la postura contraria. Sin entrar en detalles, para justificar esta última posición (la injusticia de la desigualdad radical) cabría construir un razonamiento como el siguiente: Defender la esclavitud o la desigualdad extrema entre los seres humanos significa negar la dignidad humana, o sea, no aceptar que los seres humanos -o los seres racionales- no pueden ser tratados meramente como medios, como instrumentos. Negar la dignidad humana significa renunciar a formar parte de una comunidad moral. Si renunciáramos a eso, renunciaríamos a participar en prácticas que, al menos desde la Ilustración, consideramos forman parte de nuestra humanidad. Aquí, el escéptico moral podría decir que no hay nada que nos impida renunciar a ese tipo de valores, o sea, que esa renuncia no es una imposibilidad fáctica. En lo que, naturalmente, tiene razón. Pero me parece que eso no dice nada en contra de considerar que hay razones de mucho peso (razones concluyentes, pues, al tener más peso que las otras, determinan el resultado de la deliberación) para afirmar que “el mundo en el que vivimos es injusto” y que “la esclavitud es injusta”. De manera semejante (no idéntica) a como las hay para afirmar que la tierra es redonda (por muchos “terraplanistas” que haya) o que somos producto de la evolución (aunque mucha gente siga creyendo en la verdad del relato bíblico de Adán y Eva).

Ad 2) No sólo creo comprender en qué consiste la tesis positivista de la separación metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral, sino que me parece claro que, a ciertos efectos, es una tesis verdadera. No tengo ninguna duda de que las normas franquistas que discriminaban a la mujer eran Derecho válido en la época y, al mismo tiempo, normas injustificables desde una perspectiva moral; de la misma manera que la renta básica universal me parece un fundamental derecho humano (en el sentido moral de la expresión), pero sé muy bien que no se trata de un derecho jurídico. Pero ocurre que esa separación no se puede trazar siempre o desde todas las perspectivas. Por ejemplo (y al menos en los Derechos del Estado constitucional), la identificación y la interpretación del



Derecho no puede hacerse en muchos casos sin recurrir a juicios morales. Un solo ejemplo: ¿Pudo el Tribunal constitucional español decidir que la Constitución no se oponía al matrimonio entre personas del mismo sexo sin recurrir a una argumentación moral (aunque no fuera de manera explícita -los magistrados del Constitucional, incluso los partidarios del Derecho natural, parecen haber asumido completamente los dogmas del positivismo jurídico-)? Yo creo que no, como he tratado de mostrar en algún trabajo. Y tampoco cabe obtener una adecuada visión funcionalista del Derecho si nos empeñamos en separarlo nítidamente de la moral: el Derecho no podría cumplir algunas de sus funciones características sin el recurso a la moral; y la existencia de un sistema jurídico es condición necesaria para que los individuos (al menos en sociedades como las nuestras) puedan perseguir valores morales (como la autonomía). Ese tipo de consideraciones son las que me han llevado a pensar que Derecho y moral son -para emplear la terminología de Gustavo Bueno- “conceptos conjugados”, lo que no quiere decir, por cierto, que se trate de un mismo tipo de realidad o que el Derecho sea sencillamente un aspecto de la moralidad. No voy por ahí.



Ad 3) Ya he contestado a eso en el anterior apartado. El Derecho puede ser (es con cierta frecuencia) injusto y esa es una tesis compartida por todos los autores a los que cabe denominar “postpositivistas”, y me parece que también por muchos iusnaturalistas (incluido Tomás de Aquino). Lo que pueda pensar un “neoconstitucionalista” o alguien que obedeciera a la caracterización de lo que García Amado llama “iusmoralismo” no lo sé. Pero lo que sí sé es que yo no soy ni un neoconstitucionalista (según lo que los autores genoveses entienden por tal), ni tampoco un iusmoralista (en el sentido en el que Juan Antonio García Amado utiliza la expresión). Debo hacer sin embargo una precisión (mejor: dos) respecto de lo anterior. Un sistema jurídico que prescindiera completamente de cualquier noción de justicia (que fuera pura arbitrariedad) no podría existir (como sistema jurídico) o no podría perdurar. Pero eso es algo que también los iuspositivistas más juiciosos defienden: el famoso “contenido mínimo de Derecho natural” de Hart. Y en los Derechos del Estado constitucional, tampoco podrían darse los casos más llamativos de normas injustas dotadas de validez jurídica, pues el sistema incluye como criterios de validez nociones de raigambre inequívocamente moral, como la dignidad humana; y es

imposible manejar esa noción (por incorporada que esté en una norma de Derecho positivo) sin partir de alguna teoría moral.

Ad 4) La compatibilidad entre objetivismo moral y positivismo jurídico es algo obvio, y así lo he manifestado muchas veces (incluyendo el trabajo que García Amado usa como principal blanco para sus críticas). Lo que también he señalado con frecuencia es que la seña de identidad más característica del positivismo jurídico es la ideología de la separación. Y, por ello, los positivistas que han sido también objetivistas en teoría moral (pienso, claro, en Bentham o en Austin) partieron de una radical separación entre la teoría del Derecho y la teoría de la justicia (o teoría de la legislación o Jurisprudencia censoria, o como se la quiera llamar). De manera que el objetivismo moral no afectaba propiamente a su concepción del Derecho. En este aspecto, no tengo ninguna discrepancia con García Amado.

Ad 5) En el trabajo criticado por García Amado ponía mucho énfasis en señalar que un no objetivista moral (en el plano de la moral prescriptiva o moral sustantiva) podía tener convicciones morales tan firmes como un objetivista, y que la distinción estaba en el plano de la metaética, de la ética teórica. O sea, un no objetivista (imagino que es el caso de García Amado, aunque -para mí, sorprendentemente- nos diga en su texto que no quiere pronunciarse sobre eso: ¿no lo ha hecho?) considera que un juicio de moral sustantiva (como “La esclavitud es injusta”) no se puede “demostrar” de manera que resulte un juicio “objetivamente correcto”. Pues bien, yo no creo que en favor de esos juicios pueda construirse un razonamiento que sea exactamente del mismo tipo que el que se utilizaría en las ciencias formales o en las ciencias empíricas, pero sí (como he señalado en Ad1) un razonamiento análogo, en el sentido de que esos juicios (si no siempre, muchas veces) se pueden fundamentar suficientemente. Dicho quizás de otra manera: para mí la racionalidad no es exclusivamente la racionalidad científica.

Ad 6) Ya he contestado a eso. Quien piense que “La esclavitud es justa” se equivoca, al igual que, en mi opinión, se equivoca también quien piense que no tenemos ningún



procedimiento racional para decir que se equivoca. Remito a lo que ya dije en Ad 1) y a lo que sigue.

Ad 7) Me doy cuenta de que “razonabilidad” es una noción difícil o, quizás mejor, imposible de definir (según lo que normalmente entendemos por definir), pero, al mismo tiempo, no creo que podamos prescindir de ella. Alguna vez me he ocupado de analizarla, pero no quiero entrar aquí en eso, puesto que, para mis efectos, me parece que basta con apelar a la idea intuitiva que cualquier lector de este texto tiene de lo que es una persona razonable; no creo que haya muchos que hayan decidido prescindir en su vocabulario de esa expresión, “persona razonable”, y no creo tampoco que entre estos últimos se encuentre García Amado. Pues bien, y siguiendo con el ejemplo que él pone, ¿resulta difícil de entender que digamos que es irrazonable una persona que defiende un Estado basado en el fundamentalismo religioso, el ISIS? ¿De verdad cree García Amado que por calificar de irrazonables a los partidarios del ISIS (hay españoles que lo son) podríamos estar comportándonos de manera contraria a la libertad religiosa e ideológica que nuestra constitución proclama? Es cierto que él no está pensando en ese tipo de persona, sino -digamos- en un católico partidario de lo que ahora se ha venido en llamar “laicidad positiva”. ¿Pero resulta difícil de entender que se califique a esta última postura de irrazonable porque atenta contra la igualdad de trato en materia religiosa (un valor que seguramente el partidario de la laicidad asume)? ¿Y tendría realmente alguna razón, el que así es calificado, para considerar que se está yendo contra su libertad religiosa e ideológica? No lo creo en absoluto.

Ad 8) Ya he contestado, al menos en parte, a ese presunto error. Las normas inspiradas en la sharía o ley islámica son Derecho válido en muchos países. Pero no lo serían en los sistemas del Estado constitucional, porque atentan contra principios básicos de los mismos. Y, por lo que se refiere al caso español, la norma constitucional (y sus desarrollos) que establece un trato ventajoso en relación con la religión católica es, sin duda, Derecho positivo, pero me parece, al mismo tiempo, que bien se puede calificar de Derecho “imperfecto”, en cuanto incompatible con los principios y valores del constitucionalismo. La consecuencia que extraigo de ahí no es que entonces no sean vinculantes para los jueces,



pero sí que esa circunstancia puede jugar un papel a la hora de interpretar esas normas, y, desde luego, a la hora de proponer un cambio constitucional.

Ad 9-11) Sí, yo creo que motivar (justificar) -digamos, en sentido pleno- una decisión judicial presupone la pretensión de que la decisión es correcta. Creo que esto es también lo que suelen presuponer los jueces (aunque no todos), porque ellos -como la gente en general- son por lo común objetivistas éticos. A mí me parece bastante lógico: si un juez, pongamos por caso, condena a alguien a una pena de diez años, es razonable que piense que eso es lo objetivamente correcto y no simplemente algo en favor de lo cual puedan darse razones aceptables, pero que quizás no sean mejores que la que existan para tomar otra decisión. Esto, por cierto (no referido a los jueces, sino a la gente en general), es lo que pensaba también Mackie², y de ahí que su defensa del escepticismo moral (en cuanto tesis ontológica) asuma la forma de “una teoría del error”. O sea, él trató de mostrar que la idea de objetividad, que está incorporada en nuestro lenguaje moral y en los conceptos morales que usamos, es falsa, no se corresponde con el mobiliario del mundo.

Bueno, por supuesto que una cosa es pretender que algo es correcto, y otra cosa que lo sea. De todas formas, que exista de hecho esa pretensión (como digo, si no siempre, al menos con frecuencia) es importante para entender que cuando se evalúa una decisión judicial se haga acudiendo a criterios (universalidad, coherencia, etcétera) que presuponen esa pretensión de corrección.

Hay, por otro lado, consecuencias importantes que se siguen de partir o no de esa pretensión de corrección (de que existen respuestas correctas en el Derecho). Recuerdo ahora un trabajo de MacCormick en el que ponía de manifiesto que eso incidía en la forma en la que un tribunal (me parece que la Cámara de los Loes) organizaba internamente la toma de decisiones: asumir la pretensión de corrección suponía incrementar el tiempo dedicado a la deliberación; mientras que si se excluía esa pretensión, el acento se ponía en que la decisión (a la que se habría llegado sin mayor deliberación, mediante la votación) estuviera redactada con la suficiente claridad y precisión.

² Vid. John Mackie, *Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin, Londres 1977



Ad 12) El que toda justificación judicial presuponga una premisa de carácter moral es una consecuencia de la tesis de la unidad de la razón práctica, de que las razones morales sean las razones últimas y de carácter imparcial que cabe esgrimir en el discurso práctico. Sobre eso se ha discutido mucho. Por ejemplo, a propósito de si la aceptación de la regla de reconocimiento hartiana (el criterio para determinar cuál es el Derecho válido en un sistema) puede hacerse por razones que no sean morales, como sostuvo el propio Hart y sostiene ahora García Amado. Yo creo que no es así y que la postura correcta es la de autores como Nino: las razones jurídicas no son por sí mismas razones justificativas; necesitan de un apoyo (una premisa) moral. Desde luego, es una cuestión compleja y que requeriría seguramente una larga discusión. Aquí me voy a limitar a hacer dos comentarios. El primero es que hay una diferencia crucial (que García Amado no desconoce) entre los motivos (explicativos) de las acciones y las razones (justificativas). Por eso, el temor de resultar herido es un motivo -en el ejemplo que él pone- para no atracar el banco, pero no una razón con fuerza justificativa; y aquí estamos tratando del razonamiento justificativo. Y lo mismo cabría decir, me parece, de quienes (los jueces que) acatan las normas del sistema por conveniencia, temor, etc. Ahora bien -segundo comentario- es posible que haya jueces así, o sea, jueces que rechacen plantearse la cuestión de cómo justificar el deber de aplicar las normas de su sistema o, si se quiere, que consideran como una razón válida para ello apelar a la conveniencia personal, al temor... Yo aquí diría algo muy parecido a lo que Juan Antonio García Amado dice de los jueces activistas, que anteponen su conciencia moral a la ley: que no actúan como “auténticos jueces”, sino más bien como “impostores”.

Ad 13-14) Efectivamente, la existencia en su seno de razones morales no convierte sin más a una actividad en una región de la moral: es lo que ocurre con el Derecho o con la economía. Pero si fuera cierto que la existencia de razones morales tiene un carácter necesario en esa actividad o en algún aspecto central de ella (por ejemplo, de la justificación de una decisión judicial), entonces sí que se puede decir que la moral es un componente objetivo de esa actividad, del Derecho. Lo que no significa que justificar jurídicamente (judicialmente) una decisión sea lo mismo que justificarla moralmente.



Ad 15) Yo no soy un filósofo del Derecho iusnaturalista, ni tampoco soy un positivista jurídico. No creo, por supuesto, que exista nada a lo que pueda llamarse con propiedad Derecho natural, entre otras cosas porque el Derecho no tiene nada de natural, sino que es un artificio, una creación humana y que varía con las sociedades y con el tiempo. No soy tampoco un absolutista moral y creo también que mis convicciones morales no se parecen en nada a las de los autores que solemos calificar así, con ese rótulo. Pero no soy tampoco un furibundo anti-iusnaturalista y no tendría ningún inconveniente en coincidir con estos autores en algunas tesis relevantes en relación con la manera de entender el Derecho. De todas formas, mis posibles coincidencias no vendrían por ahí, por donde se sugiere en el apartado 15), simplemente porque, como ya antes he señalado, nunca se me ha ocurrido sostener “que no hay más derecho que el que tenga contenidos acordes con la moral verdadera”. Lo repito: el Derecho puede ser injusto, y “verdadera” es una calificación que deberíamos reservar para los enunciados descriptivos, no para los prescriptivos o evaluativos (los característicos de la moral). Lo que sí sostengo es que en el Derecho (más exactamente, en algunos aspectos que son centrales en la práctica jurídica -como el razonamiento justificativo judicial-, no en todo lo que podríamos llamar la vida del Derecho; esta es una de mis diferencias con Alexy) se erige una pretensión de corrección, de manera que el Derecho incorpora también un elemento de idealidad, de valoración, de moralidad interna o como se le quiera llamar, además del elemento autoritativo. El que esto sean capaces de verlo los autores iusnaturalistas, pero no los positivistas (o muchos de ellos) no dice nada en contra de los primeros, sino de los segundos.

Ad 16) En este punto (y en parte también en el anterior) García Amado utiliza, en contra – digamos- de la teoría del discurso, un argumento que, yo diría, es uno de sus favoritos: según él, se trata de una construcción tramposa, de un ardid, para revestir de apariencia de objetividad a lo que no son más que opiniones subjetivas, arbitrarias. Bueno, concedo, sin más, que uno puede apelar al consenso racional de una manera torticera, al igual que un juez puede recurrir a la ponderación con el propósito (que, a su vez, puede ser más o menos claro en su mente) de dar un marchamo de justificación a una decisión realmente injustificable. Pero que un instrumento pueda usarse mal no significa necesariamente que por ello debamos prescindir de él; en ocasiones, esas desviaciones deberíamos considerarlas



como un aviso para ser cautelosos, para mantener una actitud crítica -desconfiada si se quiere- con su uso. En particular, yo creo que no podemos prescindir ni del discurso racional ni de la comunidad ideal de hablantes; lo necesitamos, sin ir más lejos, si queremos dar sentido al texto de García Amado que aquí estoy discutiendo. Pues cuando da todos los argumentos que hemos visto para mostrar que mi defensa del objetivismo moral se basa en un error (o en un conjunto de errores), yo creo que inevitablemente está apelando a esa comunidad ideal: lo que quiere decir es que cualquier persona racional que juzgara de manera imparcial, con suficientes conocimientos en la materia, etcétera, tendría que pensar exactamente igual que él. Y esa es también la presuposición que yo me hago con los comentarios que ahora estoy escribiendo. La pregunta a hacerse, entonces, sería esta: ¿las condiciones requeridas para que tenga lugar un discurso racional y quepa hablar de una comunidad ideal de hablantes son tan exigentes como para pensar que no pueden jugar el papel de orientar nuestras prácticas (servir como un criterio de corrección), porque se basan en rasgos antropológicos a los que no pueden aproximarse los seres humanos que participan en esas prácticas? Pues bien, yo creo que, efectivamente, no es fácil que se den esas condiciones (por ejemplo, que en una discusión con otro o en una deliberación consigo mismo, un sujeto esté verdaderamente abierto a entender y aceptar los argumentos que vayan en contra de sus planteamientos iniciales, que pongan en riesgo sus intereses personales, etc.), pero tampoco imposible. Y creo también que esas condiciones ideales (y la pretensión de corrección aparejada) no tiene sentido plantearlas en relación con muchos aspectos de la práctica jurídica (por ejemplo, con el discurso de un abogado de parte), pero si en relación con la justificación que lleva a cabo un juez, o con un trabajo de dogmática jurídica o de teoría del Derecho. No me cabe ninguna duda de que ese es el caso, por ejemplo, del texto de García Amado, y no descarto en absoluto que en alguno de esos momentos en los que también él hace el experimento mental de preguntarle a la comunidad ideal de hablantes, llegue a la conclusión de que sus opiniones en relación con el objetivismo moral y con el positivismo jurídico estaban equivocadas. Es, por otro lado, bastante natural que eso (esos cambios de opinión) no ocurra con facilidad en relación con problemas sobre los que uno ha reflexionado mucho, o que tengan que ver con convicciones profundas de carácter moral, etc. Pero, en mi opinión, eso no dice nada en contra de las virtualidades del discurso racional.



Ad 17) Aquí se me ofrece un ejemplo claro para mostrar la capacidad de modificar las opiniones que puede tener el discurso racional. Pues sin duda García Amado retirará esa crítica cuando advierta que la diferencia clave que él veía entre el Derecho y la medicina es exactamente la misma de la que yo partía. Me limito a copiar un párrafo de mi libro “Filosofía del Derecho y transformación social”: “Pero hay también una diferencia fundamental y que consiste en que el fin, el valor, que preside el ejercicio de la medicina está relativamente bien determinado (curar o prevenir enfermedades) y, en ese sentido, no es objeto de muchas discusiones; mientras que las cosas no ocurren así en el Derecho. Si se quiere, podría decirse que, en relación con el Derecho, existe también un acuerdo amplio en cuanto a que la finalidad última de los sistemas de Derecho positivo es producir justicia. Pero, como es obvio, el acuerdo solo existe si el fin se entiende en términos muy abstractos (podría haber un consenso en relación con ciertos contenidos mínimos de justicia), mientras que, a la hora de concretar esos fines, con lo que nos encontramos es con desacuerdos que muchas veces pueden llegar a ser muy profundos”³. Etcétera.

Ad 18) En efecto, el juez no es un científico como, en mi opinión, tampoco lo es un dogmático del Derecho. He defendido desde siempre la tesis de que la dogmática es una técnica (exactamente, una tecno-praxis: una combinación de técnica social y filosofía práctica), no una ciencia; y lo mismo vale para la actividad judicial. La diferencia con la medicina es que las técnicas médicas tienen ahora (en realidad, desde hace no mucho) una sólida base científica. Pero de ahí no se sigue, de todas formas, que el juez no tenga que preocuparse por los padecimientos o las necesidades sociales. Yo no creo que se necesite ser un científico social para darse cuenta, pongamos por caso, de la necesidad de contar con una vivienda digna, y de cuándo esa necesidad no está cubierta. Me parece que a un juez que deba resolver un caso de desahucio se le puede exigir que sea consciente de eso (de la existencia de esa necesidad básica no satisfecha), si bien él tendrá que atenerse a los límites que establece su sistema a la hora de tomar una resolución en la materia. Seguramente, en este punto, García Amado y yo no discrepamos.

³ Manuel Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, p. 189.



Ad 19-20) Lo que se plantea aquí es la diferencia entre la legislación y la jurisdicción que, en mi opinión, guarda cierto paralelismo con la que existe en medicina entre la epidemiología y la medicina clínica. Es una distinción completamente necesaria, pero es posible que, también en este caso, García Amado tienda a presentarla en términos más tajantes de como yo lo hago. Hace poco discutí sobre esta misma cuestión con Ferrajoli⁴ que tiene al respecto, me parece, la misma posición que García Amado. Lo que vienen a sostener ambos es que el juez no puede orientarse por criterios de justicia (digamos, de justicia sustantiva), pues esto compete en exclusiva al legislador. Creo que se equivocan: la libertad de la que goza el legislador es, por supuesto, mucho más amplia que la que caracteriza a la jurisdicción, puesto que los jueces están sometidos precisamente a las leyes y a la Constitución. Pero eso no quiere decir, por ejemplo, que el juez no haya de velar por la dignidad de las personas; un simple ejemplo: para aplicar o no la cláusula de orden público, un juez puede tener que pronunciarse sobre si tal institución del Derecho extranjero –estoy pensando ahora en la maternidad subrogada- es o no compatible con la dignidad humana. O que no tenga, en algunos casos, que ponderar. Como sobre esto último Juan Antonio y yo hemos discutido en otras ocasiones por extenso no voy a añadir aquí nada más. Pero reitero: es inevitable que, en ocasiones, los jueces tengan que ponderar.

Ad 21) Lo que aquí tengo que decir es algo parecido a lo anterior. El juez no puede ser un activista, no puede saltarse los límites que le impone el Derecho. Pero como mi concepto de Derecho es algo más amplio que el de García Amado, podría haber casos que el calificara como de activismo judicial y que no lo fueran en mi opinión. Lo que sí me importa aclarar, en todo caso, es que el objetivismo moral no lleva al activismo judicial. No hay ninguna conexión conceptual entre una cosa y la otra, y creo que tampoco empírica: no me parece que entre los jueces activistas haya más objetivistas que relativistas morales.

Ad 22) Yo no creo que los jueces gocen de discrecionalidad en sentido fuerte, porque en el caso de que exista una laguna en el nivel de las reglas, deben acudir a principios y llevar a cabo un razonamiento ponderativo que no supone discrecionalidad, en el sentido de que no

⁴ El texto, “ ‘Los jueces crean Derecho’, los principios jurídicos y la ponderación”, puede encontrarse en mi blog: lamiradadepeito.blogspot.com.es

significa utilizar criterios ajenos al Derecho y no controlables racionalmente. Ya he comentado antes algo sobre lo de la única respuesta correcta. Creo que es una tesis más bien banal; lo que significa es que, después de haber deliberado suficientemente sobre el caso de que se trate (o sea, no a bote pronto), el juez va a encontrarse casi siempre con que, en relación con las dos opciones por las que ha de optar (condenar o absolver; decretar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, etc.) en favor de una de ellas hay mejores razones que en favor de la otra; o sea, raramente va a encontrarse con un caso de puro empate, aunque esa posibilidad no ha de quedar completamente excluida: por eso lo del “casi”. Y por eso también, sostener esa tesis no solo no pone en riesgo los valores constitucionales, sino que contribuye a que puedan ser satisfechos. O sea, la tesis es una llamada al juez para que se esfuerce por encontrar esa respuesta correcta y, en consecuencia, asuma la obligación de una motivación exigente de sus resoluciones.

4.

Cierro con un comentario general. Como en otras ocasiones,⁵ creo que mis discrepancias de fondo con Juan Antonio García Amado derivan de que partimos de ideas distintas del Derecho. Él ve el Derecho simplemente como un conjunto de normas con tales y cuales características; y de ahí su manera de plantear el problema de las relaciones entre el Derecho y la moral (que sólo haría referencia a las normas de uno y otro tipo). Yo lo veo, además de como un sistema normativo, fundamentalmente como una actividad dirigida a cumplir ciertos fines y valores; y eso explica que no pueda separarse radicalmente de la moral, pues esos fines y valores son, en parte, comunes. He repetido también muchas veces que mi razón fundamental para no ser positivista es de carácter histórico, o sea, el positivismo jurídico me parece una concepción demasiado pobre, que no es capaz de dar cuenta de los Derechos del Estado constitucional y que no suministra, en consecuencia, criterios que puedan guiar la práctica de los operadores jurídicos. Creo que eso se echa de ver, de manera muy particular, en relación con la argumentación jurídica. Como algunos positivistas jurídicos han reconocido (pienso en Luis Prieto o en Fernando Atria), el

⁵ Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, Un debate sobre la ponderación, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2012.



positivismo jurídico es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación.⁶ Y el caso es que, a no ser que se renuncie al dogma fundamental del positivismo jurídico (el de la separación metodológica entre el Derecho y la moral) y se asuma alguna forma de objetivismo moral, esa carencia es imposible de ser suplida.



⁶ Vid. Luis Prieto, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, 23, 2000; Fernando Atria, “Del Derecho y el razonamiento jurídico”, en *Doxa*, 22, 1999.

TENDENCIAS DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN SENTENCIAS LABORALES DE LAS ALTAS CORTES EN COLOMBIA Y PERU

TRENDS OF THE PREVIOUS JUDICIAL IN LABOR JUDGMENTS OF THE HIGH COURTS IN COLOMBIA AND PERU

Autores: Ingrid Julissa Illidge Correa¹
Indira Yulieth Illidge Correa²
Lineth Paola Oquendo Gómez³
John Carlos Machacón Cruz⁴
Sandra Milena Camacho Rodríguez⁵



RESUMEN

En este proyecto se define de forma precisa y concreta el precedente judicial, a su carácter vinculante derivadas de las sentencias en materia laboral emanadas por las altas cortes en Colombia como en Perú; basándose en la normatividad de ambos países, se pretende demostrar la obligatoriedad de su aplicación en dicho ámbito, de acuerdo con el manejo de cada país a través, de los que aplican justicia.

Este documento tiene como finalidad, en su primer capítulo definir por qué es vinculante el precedente judicial y por consiguiente como ha sido su aplicación e incorporación en el ámbito laboral tanto en Colombia como en Perú, en el segundo capítulo se enfoca directamente en la obligatoriedad de la aplicación del precedente judicial en materia laboral enfocada en ambos países, por medios de datos precisos se quiere comprobar su aplicación. El resultado, será un documento un referente internacional, para quienes desean incursionar en el estudio y ejercicio del Derecho, como resultado de un trabajo mancomunado de estudiantes y profesores que utilizan la metodología de cualitativa y cuantitativa, que arrojan resultados relevantes a través de los instrumentos de recolección basado en ficha bibliográfica, entrevistas y encuestas, aplicadas a quienes hoy litigan.



¹ Abogado, especialista en Derecho de Familia, Gestión Pública, Laboral y Seguridad Social y Doctora en Ciencias Económicas y Administrativas, docente universitario.

² Administradora de Empresas y Contadora Pública, Magister en Gestión de Administración de Organizaciones, docente universitario.

³ Estudiante de Derecho Universidad Simón Bolívar- Barraquilla- Colombia.

⁴ Estudiante de Derecho Universidad Simón Bolívar- Barraquilla- Colombia.

⁵ Estudiante de Derecho Universidad Simón Bolívar- Barraquilla- Colombia.

Palabras claves: precedente judicial, internacional, justicia, ámbito laboral.

ABSTRACT

In this project, the judicial precedent is defined in a precise and concrete way, due to its binding character derived from the labor sentences issued by the high courts in Colombia as in Peru; Based on the regulations of both countries, it is intended to demonstrate the mandatory nature of its application in this area, in accordance with the management of each country through those who apply justice.

The purpose of this document is, in its first chapter, to define why the judicial precedent is binding and, therefore, how it has been applied and incorporated in the labor sphere in both Colombia and Peru, in the second chapter it focuses directly on the mandatory nature of the application of judicial precedent in labor matters focused on both countries, by means of precise data you want to check their results.

The result will be a document that is an international benchmark for those who wish to enter the study and practice of Law, as a result of the joint work of students and teachers who use the qualitative and quantitative methodology, which yield relevant results through the instruments collection based on bibliographic record, interviews and surveys, applied to those who litigate today.

Key words: judicial precedent, international, justice, labor environment.

1. Introducción

El precedente judicial tiene carácter vinculante, ya que es una fuente de creación de derecho, y, quienes toman las decisiones en un proceso judicial, entiéndase, jueces y magistrados, están obligados a aplicarlo, para buscar una solución basada no solo en la ley, también, lo hacen bajo los criterios de las altas Cortes.

El artículo 230 de la constitución política de Colombia, establece que: *“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*, si no que ellos deben asegurar que en sus decisiones este inmerso el precedente judicial, como criterios auxiliares en la interpretación de la Ley y toma de decisiones.

A partir de la expedición de la Ley 1437 del 2011 Código Procedimiento administrativo y Contencioso Administrativo, el precedente es obligatorio para las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales, en cuanto a que representa un nuevo derecho a los ciudadanos frente a la administración, a través de la cual las autoridades deben dar un trato igual al que benefició a otros, mediante la aplicación de precedentes judiciales que hubieren resuelto casos similares al suyo (Hernández, 2011).

A pesar de tratarse de un modelo propio del derecho continental, el precedente se perfila como una nueva fuente, en la medida en que, la administración debe observar y aplicar el principio de igualdad en todas sus actuaciones, pues es un principio vinculante para toda la actividad estatal. En la Legislación Colombiana, está consagrado en el preámbulo de la Constitución, así como, en el artículo 6 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano, los artículos 10 y 14 del pacto Internacional de derechos civiles y políticos y artículo 24 de la convención americana de derechos humanos, como derecho fundamental de las personas (Díez-Picazo, 2011).

La legislación internacional, están enmarcados en los tratados que están por encima de la constitución de los países que los acogen, ya que hacen parte del bloque de constitucionalidad, principio consagrado en el artículo 93 de la constitución política de Colombia:


Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

Es importante indicar que, Perú, así como Colombia, también tiene ratificado estos convenios y tratados internacionales y son acogidos por su legislación interna.



De todo lo anterior, se evidencia el problema que surge en esta investigación, en relación a la vinculación del precedente judicial en las sentencias emitidas por las altas cortes de dichos países, en cuanto al derecho laboral; que busca demostrar, si estas decisiones tienen el carácter vinculante u obligatorio, o por el contrario si se desconoce o no se tiene en cuenta al momento de tomar una decisión en un proceso laboral, y, con esto se trasgrede la obligatoriedad de los mismos.

Por lo anterior, se hace necesario resolver ese interrogante a través de esta investigación de tipo documental, que utiliza como herramienta el estudio de las sentencias de las altas cortes colombianas y peruanas, específicamente, las de las altas cortes de justicia y las del tribunal constitucional respectivamente, siendo el objetivo principal de este artículo la identificación de la obligatoriedad del precedente judicial en las sentencias de las altas cortes de Perú y Colombia.



Por lo tanto, a continuación se presenta un artículo que conformado por dos capítulos:
El primero: Conceptualización del precedente
El segundo: La aplicación del precedente en el derecho laboral y la obligatoriedad.
También, la metodología, conclusiones y referencias bibliográficas.

2.- Desarrollo y Discusión

En este artículo se desarrolla dos capítulos como se dijo anteriormente, siendo el primero la conceptualización del precedente judicial, su carácter vinculante, y los órganos encargados de unificar las jurisprudencias, en el segundo capítulo se desarrollará la aplicación del precedente en el derecho laboral y la obligatoriedad que tiene frente a las sentencias de las altas cortes de los países en mención.

I. Precedente Judicial

En Colombia el precedente judicial tiene su génesis en el procedimiento de derecho Continental-Francés, donde la ley ostenta especial importancia y la jurisprudencia no poseía

carácter obligatorio. Por lo que las sentencias judiciales no tenían fuerza vinculante, como con claridad lo establecía el Código Civil de 1887 en sus artículos 11, 17 y 182 (Ley 57, 1887). En esta etapa histórica, en el siglo XIX, el derecho no se creaba por el juez, la jurisprudencia era solamente una fuente supletoria, teniendo en cuenta que “si el juez desconoce la jurisprudencia, puede que no aplique al caso la mejor interpretación jurídica, pero falla dentro del derecho” (Bernal, 2008)

El precedente judicial en Colombia es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas, que necesariamente un juez o autoridad determinada encargada de impartir justicia, debe considerar al momento de dictar una sentencia, esto con el fin de unificar la jurisprudencia y que se dé cumplimiento al derecho de igualdad en todos los casos en que se pueda aplicar, ya que, el precedente judicial es de carácter vinculante para la protección del derecho fundamental al debido proceso.

El precedente en términos generales aparece cuando una decisión proferida por una autoridad sirve de fundamento o soporte para un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia. En la línea del tiempo puede aparecer multiplicidad de decisiones, pero en el fondo se mantiene el fundamento que dio origen al derecho que le asiste al tema relevante (Bernal, 2008).

En Colombia tiende a utilizarse el precedente como sinónimo de la jurisprudencia, sin observar los factores que lo diferencian, teniendo en cuenta que cuando se habla de precedente “se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos” (Taruffo, 2007).


El Derecho colombiano tiene la estructura y los fundamentos de un sistema de derecho continental, que ha evolucionado desde el derecho positivo hasta llegar a reconocer que las sentencias judiciales tienen el carácter de precedente. Este desarrollo se fundamenta en una renovada interpretación del artículo 230 de la Constitución de 1991, según la cual la



jurisprudencia, que explica el contenido normativo de las disposiciones jurídicas, forma parte del imperio de la ley que resulta vinculante para el juez.

La labor del juez ya no se restringe a complementar la ley, sino que también se erige como un órgano que crea derecho por conducto de la jurisprudencia, tema que ha sido ampliamente estudiado, desde la óptica judicial (Gutiérrez, 2014).

La Constitución de Colombia de 1991, precisó, en su artículo 230 que los jueces están sometidos de manera exclusiva al imperio de la ley; en este orden de ideas, la jurisprudencia sólo es un criterio auxiliar de la actividad judicial.



En efecto, el sistema de fuentes concebido bajo el orden jurídico Colombiano, que López Medina denomina neo-romanista y positivista por filiación (López, 2006), se caracteriza porque los jueces tienen la función de aplicar la ley, más no de crearla cumpliéndose con la función judicial de fallar en derecho bajo estricta sujeción y obediencia a las normas emanadas del constituyente primario o el poder legislativo, y en tal sentido, la jurisprudencia ha sido considerada como una fuente “secundaria” o “auxiliar” del derecho no obstante, La Corte Constitucional a través de sus fallos, y con la emisión de la Ley 1437 de 2011, estableció como requisito sine qua non, el análisis del precedente, como herramienta fundamental en la función administrativa, porque el servidor público no está sometido únicamente a la observancia de la Constitución, la estructura Legal, los reglamentos y demás normatividad, sino que tiene el deber de prestar especial atención al momento de tomar decisiones, a los fallos Constitucionales y del Consejo de Estado como sección principal de lo inherente a lo contencioso administrativo, porque de lo contrario podría verse inmerso en investigaciones y por ende sanciones de carácter penal y disciplinarias.

En Colombia existen dos clases de precedentes judiciales: el que elabora la Corte Constitucional y el que elaboran los demás tribunales y juzgados del país. El primero existe desde la sentencia C-104 de 1993; el segundo, desde la sentencia C-836 de 2001. (Contreras, 2011).

Para el primer caso, si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la misma corte para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4.º de la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “doctrina legal probable” y conforman un precedente (Bernal, 2008).

La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia T-360/14 determina que:

Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso. No obstante, Debe precisarse que existen dos clases de precedentes judiciales: i) el vertical, esto es, aquel que es fijado por una autoridad judicial de superior jerarquía, y el ii) horizontal definido como el lineamiento dictado por un mismo juez o corporación. Al respecto, el máximo tribunal constitucional, en sentencia T-360-14, indicó: “(...) La Corte ha diferenciado dos clases de precedentes teniendo en cuenta la autoridad que profiere la providencia previa: el horizontal y el vertical. El primero hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial. El segundo, se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Así, para la mayoría de los asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores.

Así también, sobre el precedente en el derecho Colombiano, a través del auto 208 de 2006, la Corte Constitucional precisó:

En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y



las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante. Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces”.

Del mismo modo, la Corte Constitucional en la misma providencia, conceptualiza el término precedente de la siguiente forma:

La existencia de un precedente supone la existencia de una regla específica sobre el contenido y alcance de la disposición constitucional concretamente aplicable al caso. El precedente está constituido así por aquellos apartes específicos y concretos de las sentencias de tutela o de constitucionalidad, que tienen relación “estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive” de la decisión. En suma, siguiendo los criterios jurisprudenciales mencionados, la ratio decidendi o el precedente de una decisión, suele responder al problema jurídico que se plantea en el caso específico y debe poder ser formulada como una regla jurisprudencial – o subregla – que fija el contenido constitucionalmente protegido de la norma constitucional aplicable a dicho caso concreto.

De esta forma es posible afirmar que el precedente judicial, aparte de crear derecho, también, genera una nueva función a los jueces, ya que aunque se estima que los únicos creadores de ley son el poder constituyente o el poder legislativo, no es así en la práctica, puesto que al momento en que un juez se separa de las leyes existentes para emitir un fallo que no está basado en la obediencia de las normas creadas por el poder legislativo, está creando ley, entonces ya no solo se dedica a aplicarla, sino que, también está creando leyes que son vinculantes y de obligatorio cumplimiento porque los jueces al momento de dictar sentencia tendrán que prestar mayor atención a los fallos de las altas cortes, pues si no lo aplican esto trae consecuencias tales como sanciones penales y disciplinarias, de esta manera, las decisiones emitidas por los jueces como está estipulado en el ordenamiento



jurídico sus fallos son de obligatorio cumplimiento y acatamiento por otras autoridades judiciales.

Por otra parte, en el Perú, los Precedentes Vinculantes en materia constitucional constituye, el aporte más importante, significativo y fundamental que el Tribunal Constitucional ha realizado en toda su historia a la cultura jurídica del país y al ordenamiento jurídico Peruano, demostrando con dicha labor un liderazgo y un compromiso histórico que hasta ahora se echaba de menos. Ello supone un hito y marcan un antes y un después en cuanto a la posición y misión que le corresponde asumir al Tribunal antecedido Constitucional en la vida jurídica del país.

El Precedente Judicial Peruano - compuesto por la Ratio Decidendi, la razón de la decisión, el Obiter Dicta los fundamentos secundarios que acompañan a la Ratio Decidendi y el Decisum, que es la decisión final, viene por dos tradiciones o familias jurídicas el Civil Law o Romano Germano y el Common Law. El primero se caracteriza porque los fallos judiciales tienen un valor indicativo, cuyo nombre es conocido como jurisprudencia y el segundo en sentido fuerte desde la concepción anglosajona, es la primera fuente del derecho, de cumplimiento obligatorio.

El Tribunal Constitucional ha consolidado sus precedentes vinculantes los cuales obligan de manera vertical a todos los poderes públicos y de forma horizontal al mismo tribunal.

Así como, el Estado de derecho legislativo enarbolo a su máximo nivel la obra del legislador, el Estado constitucional ha sido definido como Estado de la jurisdicción. De este modo, los problemas centrales de la actividad jurídica ya no se reducen hoy en día a la técnica legislativa, sino a la racionalidad de su aplicación práctica; es decir que, ahora, el centro de gravedad del derecho se traslada así del texto a su valoración, del enunciado a la norma concretizada, tema avizorado por BOBBIO, cuando dijo que: “el Problema central del derecho actual es el problema de su interpretación”.



Del Tribunal Constitucional la ciudadanía ha recibido más de lo que esperaba en varios aspectos, esto es innegable. Aún más, desde cualquier palestra o tribuna hay que reconocer su tarea y procurar que la continúe. Sin embargo, todo lo positivo se puede perder si empieza a incurrir en excesos.

Anular sentencias judiciales sobre las cuales ha recaído la autoridad de la cosa juzgada es un error gravísimo, cuyas consecuencias sólo han pasado desapercibidas debido a la enorme desconfianza social que soporta el Poder Judicial a nivel nacional. La jurisprudencia y los precedentes vinculantes, han dotado al Tribunal Constitucional de mayores facultades. Desde su emisión hay un Tribunal Constitucional fortalecido, con herramientas más eficaces para el cumplimiento de sus labores. Sin embargo, de acuerdo a su criterio no están frente a un proceso concluido sino a un proceso abierto, en el que el TC ha ido llenando las lagunas presentes en su marco normativo procesal. En suma, sus atribuciones y facultades son aún susceptibles de mejoras. (Mendoza Huamán, Rocío del Pilar)

La presente investigación, tuvo como objetivo general, determinar los fundamentos jurídicos para la inaplicabilidad del Precedente Vinculante constitucional en el Perú (en adelante, el Precedente).

Dicho lineamiento fue establecido como consecuencia de la identificación de la problemática manifiesta en la aplicación del Precedente en el Perú y en su particular tratamiento, a nivel jurisprudencial, que efectuará el Tribunal Constitucional. De este modo, el Precedente ostenta singulares características; no obstante, su peculiar carácter de obligatorio bajo sanción, así considerado en sede interna, mas no en su propia naturaleza, ha generado un contexto jurídico específico en el proceso constitucional peruano; toda vez que, su aplicación quebranta a determinadas instituciones; tales como, el principio-derecho a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, el Estado Constitucional de Derecho y el sometimiento del juez a la Constitución y a las leyes.

Este panorama permite colegir que, en el Perú, el Precedente deviene en inaplicable; afirmación que ha motivado fundar la propuesta de modificación al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispositivo normativo que regula el Precedente, en el entender de que, el mismo, de cara a su originaria peculiaridad, represente una pauta orientativa y no obligatoria para quienes ejercen función jurisdiccional; a fin de que se garanticen los principios-derechos concernientes a la labor jurisdiccional; así como, se dote de garantías al proceso constitucional, en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

Integrado a ello, se precisa que la investigación tuvo un diseño no experimental de tipo transversal; y, fue de carácter argumentativo-propositivo, considerándose como unidad de análisis al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano. Finalmente, mediante el presente documento se concibe abundar en el conocimiento jurídico en relación a la línea del Derecho Adjetivo Constitucional.(Terán Ramírez, Teresa Ysabel).

Al analizar el precedente judicial y la forma como se aplica en Perú, hay que afirmar, que es el Honorable Tribunal Constitucional como órgano, quien debe controlar las normas fundamentales según lo contenido en la Constitución de este Estado. El Tribunal Constitucional a través del tiempo se ha basado siempre en las fuentes del derecho para expedir sus jurisprudencias tema que a su vez siempre ha generado controversias debido a la observancia que de carácter obligatorio que este tiene involucrando no solo al Estado, sino también a los ciudadanos.

A partir del año 2002 el Honorable Tribunal inició el desarrollo de una política jurisdiccional debido a las escasas de sentencias de alta relevancia, lo que significó que para esta década actual la Jurisprudencia tomara un grado de importancia sirviendo como base para el desarrollo del Precedente constitucional en este país.



2.1 El tribunal constitucional como creador de derecho en Perú

El proceso de constitucionalización del derecho, y, teniendo como base para su creación de las leyes vigentes, el Honorable Tribunal Constitucional de Perú también adquiere una participación relevante y subsidiaria dentro de la interpretación que esta debe darle a la constitución. Para identificar la manera cómo opera la justicia constitucional habría que analizar entonces en que teoría se basa el Tribunal para darle un correcto análisis a las normas que lo lleven de lleno a sentar precedentes que justifique el indicado rol como creador de derecho.

Las normas con carácter judicial se han incorporado al moderno sistema jurídico constitucional peruano, lo cual supone que para entender la existencia de un Tribunal Constitucional hay que fijar la mirada en dos principios meramente constitucionales que se vuelven fundantes de un Estado Democrático y Constitucional donde adquiere relevancia la supremacía jurídica constitucional y la eficacia de las leyes fundamentales sobre las normas que tienen un poder jerárquico inferior y un principio político y de soberanía desde donde se imparte justicia.

2.2 Una mirada desde el Congreso de Perú.

Analizando los fallos expedidos por el Honorable Tribunal Constitucional, desde el Congreso, cuando se declara la inconstitucionalidad de una norma que tiene carácter legal, ésta es expulsada del ordenamiento jurídico por tanto no tendrá otra oportunidad para ser aprobada dado a que estas sentencias al tener fuerza de ley vienen a ser cosa juzgada y con un carácter vinculante que la convierte erga omnes.

Con el firme deseo de avanzar en cuanto a la inconstitucionalidad de las sentencias, el Estado peruano ha ido clasificando los tipos de sentencias como cuando por primera vez dio resolución a un proceso de inconstitucional en contra de la legislación antiterrorista.

El Honorable Tribunal Constitucional ha desarrollado las denominadas “sentencias de principios” con el fin de concatenar las jurisprudencias y a su vez llenar los vacíos jurídicos de las normas. El Tribunal Constitucional peruano ha clasificado las sentencias como



Estimativas porque son estas las que fundan las demandas y permitir eliminar las normas que resultan ser inconstitucionales dentro de su ordenamiento jurídico, dentro de este mismo grupo se hallan las sentencias que son de simple anulación las cuales dejan sin efecto una parte solamente del contenido normativo, también las sentencias interpretativas que fijan la inconstitucionalidad en la errónea interpretación de una norma por parte del aparato judicial, se encuentran las sentencias normativas que determinan propiamente la inconstitucionalidad de una ley o de una norma que tiene carácter de ley.

Por otra parte, se hallan también las sentencias desestimativas, porque declaran lo improcedente, la inadmisibilidad o el carácter infundado de la demanda. Según lo que ha expresado el Tribunal Constitucional, las sentencias de carácter interpretativo encuentran fundamento en los artículos constitucionales 38, 45, 51 de la Carta magna del Estado.

Resulta oportuno analizar también la relación que existe entre las sentencias que tienen carácter inconstitucional y las leyes que tienen carácter para reformar la constitución, donde el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de resolver demandas que resultan inconstitucionales que si bien es cierto fueron aprobadas por una ley estas no se encuentran contempladas en el libelo de la Constitución peruana, por lo que en reiteradas ocasiones el Honorable Tribunal Constitucional ha señalado que a pesar de ser el órgano de control de la Constitución como lo establece el artículo 200 de la misma, este Tribunal no tiene un carácter taxativo sino más que todo un carácter enunciativo, lo que le da al Tribunal Constitucional la competencia de evaluar la constitucionalidad las disposiciones que puedan añadirse como leyes de reformas constitucionales.


Es claro entonces, decir que, el poder constitucional de reforma no es ilimitado y por tanto resulta legítimo cuando el Honorable Tribunal evalúa si las leyes de reformas constitucionales respetan todos sus límites tanto formales como materiales. De los límites formales se afirman que estos aluden a requisitos objetivos que han sido reconocidos por la Carta Política De Perú y que permita el prosperar de tales reformas, por su parte los límites materiales hacen referencia a los fundamentos contenidos en la Constitución y que se expresan en el derecho de la dignidad humana, la vida, la igualdad, la soberanía entre otros.



2.3. El Precedente vinculante en el Perú

Desde el modelo clásico jurídico que tiene sus raíces en el derecho romano o civil law, el derecho resulta como producto de las normas legalmente legitimadas que han sido emanadas por el poder legislativo. Esta potestad dada a través de la ley y por el principio de legalidad articula jurídicamente a Perú como Estado de Derecho.

Sin embargo, desde el Common law o desde el derecho anglosajón, el derecho es una creación básicamente judicial de las altas Cortes, quienes por medio de sus sentencias resuelven procesos y vinculando así a los jueces para casos futuros. Estas sentencias de carácter vinculante y de naturaleza normativa pero que contienen un carácter general, se configuran entonces como fuentes formales de derecho.



La figura del Precedente vinculante surge dentro del common law o sistema jurídico anglosajón en el cual a todo Juez se le da la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley en los diferentes casos o procesos en concreto, tal situación crea así la necesidad de una regla para determinar que lo resuelto en un caso en concreto por los jueces adquieran el carácter de obligatoriedad.

El que deba existir un Precedente lo que busca es la seguridad jurídica y la predictibilidad, no obstante, debe precisarse que la obligatoriedad del Precedente vinculante se hace real a través de la facultad que reviste al juez cuando modifica sus precedentes y se sujetan al cumplimiento de ciertos requisitos fijados en la ley.

Es de suma importancia resaltar que las reglas según la cual los jueces del sistema anglosajón se encuentran vinculados por la toma de sus decisiones al principio de stare decisis, es decir la forma como se vincula a cada juez a sus propias decisiones estableciendo de esta manera que el Precedente sentado por una autoridad suprema deberá ser respetado por las instancias o autoridades inferiores. En Perú este principio de stare decisis, afirma que todo órgano jurisdiccional queda vinculado a lo establecido en las

doctrinas de los tribunales superiores y que tienen jurisdicción para revisar todas sus decisiones.

En este sentido, la fuerza vinculante que tiene el principio stare decisis, hace que los Tribunales que son de primera instancia no puedan desempeñar funciones de proveer reglas porque los Precedentes ya establecidos por los Tribunales Superiores tienen mayor fuerza vinculante.

En ese orden, entonces, el principio Stare Decisis, le impone a los jueces el seguir con una obligatoriedad de establecer Precedentes en casos o procesos previamente y elevando aún más como Precedente todas las sentencias que estos expidan, lo que permite afirmar que el Principio de Stare Decisis proviene de una concepción de Derecho sobre el cual este no es un sistema cerrado de normas abstractas, sino que más bien es un conjunto de reglas concretamente abiertas que buscan solucionar litigios o conflictos ya definidos.

Como se ha mencionado, este Precedente vinculante encuentra sus raíces en el sistema anglosajón, sin embargo, en países como Perú se ha regulado en las leyes orgánicas de los Tribunales Constitucionales o por medio de las creaciones jurisprudenciales como por ejemplo el modelo utilizado en Colombia.

El Precedente vinculante entonces no es ajeno al ordenamiento de origen romano-germánico, sino que por el contrario permite la aplicación de las normas jurídicas de tradición occidental. En el caso de Perú, las raíces de la obligatoriedad para los jueces que debían acogerse a las interpretaciones de las decisiones emitidas por el Honorable Tribunal Constitucional se desprendían de las normas establecidas mucho antes de la creación del Código Procesal Constitucional (CPC).

Con la aparición del Código Procesal Constitucional esta obligatoriedad de las sentencias fue recogida en el artículo VI preliminar del mismo, incorporando así mismo el Precedente vinculante con efectos de carácter normativos. El Tribunal Constitucional de Perú ha manifestado que el Precedente Vinculante Constitucional es una regla jurídica de la



cual se expone sobre casos particulares y concretos donde el Honorable Tribunal decide establecerlos como regla general, de allí entonces que la vinculación Precedente Constitucional Vinculante tenga un alcance no solo sobre los poderes del Estado sino también sobre los particulares ya que el Precedente deberá aplicarse a casos idénticos o con similitud.

Es preciso afirmar que el Precedente Constitucional en Perú nace como una regla establecida para fijar la predictibilidad en los fallos y guardar así la seguridad jurídica de los mismos, así mismo el Precedente Vinculante permite saber cómo los jueces constitucionales darán solución a los casos idénticos y a futuro.

II. El precedente judicial desde el derecho laboral y previsional en Perú y en Colombia

No se puede dejar de lado la concepción desde el mundo jurídico actual donde el Derecho Constitucional influye sobre otras disciplinas jurídicas no solamente desde lo teórico sino también desde la interpretación que haga el operador judicial.

El Estado Peruano es un Estado Constitucional que se opone al Estado de Derecho, por tanto, la Jurisdicción Constitucional juega un papel importante ejerciendo de tal manera una labor interpretativa con el fin de concretizar los principios que han sido establecidos en la Constitución. Es relevante reconocer que los jueces constitucionales les corresponden ser protagonistas al momento de aplicar las garantías de sumisión del poder hacia el Derecho. Tener de presente que la labor del Magistrado Constitucional implica el dialogo exponiendo sus fundamentos de donde viene a tomar las razones de sus decisiones, las cuales deberán ser con carácter jurídico siendo propicio a un ambiente democrático aun cuando no se tengan el pleno jurisdiccional. Desde ese punto de vista la Constitución Peruana es un documento insertado en un bloque de constitucionalidad donde forma parte de esta la Jurisprudencia Constitucional y más específicamente el Precedente Constitucional.

Al entrar a analizar los Precedentes Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional en referencia al Derecho Laboral y Previsional, la Constitución como



máximo intérprete asume un reto importante debido a las excesivas causas que carecen de sustento constitucional y de técnicas jurisprudenciales en materia del Precedente Vinculante y que le permita así ser una herramienta que supere tal situación procesal.

Desde el ámbito laboral en Perú encontramos un primer caso donde se sentó un Precedente Constitucional a través de la sentencia 0206-2005-PA, donde se observa la procedencia de un amparo laboral, posteriormente se sientan otros precedentes sobre temas como las jornadas atípicas de trabajadores mineros, al igual que la exigencia de un concurso público para poder acceder al desempeño de las funciones públicas, se encuentra también un reciente precedente sentado en la sentencia N° 02383-2013-PA/TC donde se establecieron parámetros pertinentes que permiten acudir a la vía ordinaria para poder ejercer la tutela de derechos.


En materia previsional no puede aislarse los Precedentes en la sentencia N° 1417-2005-PA/TC, del conocido caso del señor Manuel Anicama Hernández, en la cual se detalló el contenido esencial que representa el derecho a la pensión, estableciendo un cambio en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y otros casos de alta relevancia donde se han analizado temas como la seguridad social.

El Derecho Laboral en Perú se basa en principios que arrancan desde un contexto histórico donde predominaban las formas de producción y de trabajos desarrollados desde un lugar físicamente establecido con la vigilancia de un supervisor dentro de un sistema pago sobre los tiempos laborados por los trabajadores. El Derecho Laboral tiene que enfrentarse en la actualidad a la revolución que se vive en las distintas formas de producción, a los procesos estructurados tecnológicamente y que no han tenido precedentes en la historia de la humanidad.

En este punto los elementos tradicionales del derecho laboral dejan de estar presentes para dar lugar así a nuevos elementos que deberán ser adecuados por el Honorable Tribunal Constitucional a la luz de los principios que dieron origen al Derecho al Trabajo.



Desde los años 2004 a 2013 se han marcado precedentes en el ámbito laboral a través de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional donde se hallan fallos de relevancia como el mencionado y conocido caso de Demanda de Amparo interpuesta por El Sindicato de Trabajadores de Toqueapala contra la empresa Southern Perú Cooper Corporation, quienes buscaban dejar sin efectos las jornadas obligatorias de doce horas diarias de trabajo desarrolladas durante cuatro días continuos con un descanso de tres días impuestos por la compañía a sus trabajadores, sin embargo, al hacer la similitud con las empresas que desarrollan explotaciones mineras en Colombia se nota claramente que estas extenuantes jornadas laborales resultan inapropiadas a la salud de los trabajadores, muy lejos de que esta actividad carece de una estandarización que las ubique dentro de las tablas de alto riesgos de gran escala aún en Colombia se sigue buscando que estas actividades sean valoradas por los entes competentes y se sienten de esta manera Precedentes Vinculantes que consideren estas actividades como de alto riesgo.



Al darle un análisis más a fin a esta sentencia, donde lo que buscaba esta organización sindical era darle un peso a su Convención Colectiva de Trabajo porque exigían el respeto de las jornadas a ocho horas diarias de trabajo establecidas en dicho estamento convencional considerando así la violación a sus derechos a la dignidad e igualdad de los trabajadores y en especial al carácter vinculante de la Convención Colectiva, sin embargo el Juzgado Mixto Jorge Basadre declaró infundadas dichas excepciones e improcedente esta demanda al considerar que la demandada empresa podría cambiar y hacer variaciones en los horarios laborales de acuerdo a lo estipulado en el artículo 25 de la Constitución de Perú.

Suscitado todo el conflicto entre las partes es el Tribunal Constitucional quien entra entonces a analizar de fondo para determinar si esas jornadas atípicas de trabajo deben ser aplicadas o no a los trabajadores sindicalizados y si tal imposición resulta compatible con los derechos constitucionales invocados en la demanda y con los que el Honorable Tribunal estime como aplicables.

Luego de analizadas todas las situaciones planteadas en libelo de la demanda impetrada por los demandantes, consideró el honorable Tribunal Constitucional que esta resultaba fundada y ordenando a restituir las jornadas laborales de ocho diarias a los trabajadores del sector minero que desarrollan sus funciones dentro de la mina de Toquepala Perú conforme a los fundamentos facticos constitucionales establecidos en ese Estado, declarando así el Honorable Tribunal que los fundamentos analizados constituyen un Precedente Vinculante inmediato de acuerdo a lo contenido el artículo VII del título preliminar de la Constitución y que entraron a regir a partir del siguiente día la publicación de dicha sentencia.

Otra Sentencia de alta relevancia emitida por el Tribunal Constitucional de Perú y que sentó un Precedente vinculante, fue la sentencia 1417-2005 AA/TC, que perseguía la nulidad de una resolución que vulneraba el derecho a pensión donde la Sala Cuarta Civil de la Corte declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta. Reconocer el proceso de amparo solo procede cuando hay casos de afectación directa de los derechos fundamentales ya sea que estos estén expresados o implícitos lo que implica y que permite determinar si la supuesta afectación el que se incurre por parte de la Sala en efecto si influye sobre el protegido derecho por lo que resulta preciso que el Tribunal entre a analizar si el derecho invocado sustentan o no el contenido constitucional como presupuesto procesal del proceso de amparo que se menciona.

El artículo 10 de la Constitución peruana reconoce la garantía a la seguridad social, estableciendo “el derecho universal y protegido de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”, la Seguridad Social es la garantía institucional que expresa por excelencia la función social del Estado. La Seguridad Social es vista como un sistema institucionalizado de prestaciones individuales basadas en la prevención del riesgo y sobre la redistribución de los recursos que coadyuvan en la calidad de vida de la comunidad.

Como se ha indicado este derecho fundamental reconocido por normas de carácter fundamental no se agota ante los ya implícitos en la Constitución como lo es el derecho a la



salud y a gozar de una pensión establecidos en el artículo 11 de dicha constitución peruana y que se afirman por medio del marco del sistema de la Seguridad Social. El Tribunal Constitucional ha mencionado y ha definido que el derecho fundamental a la pensión tiene una naturaleza de derecho social y de contenido económico que impone la obligación de proporcionar prestaciones que se adecuen a las personas para poder cubrir sus necesidades básicas de vida.

En tal sentido resulta evidente que el derecho fundamental a la pensión desde el artículo 11 constitucional tiene un criterio de flexibilidad ante lo ya desarrollado por el Tribunal. Así las cosas, este Precedente sentado resulta ser de vinculación inmediata a partir de la publicación de dicha sentencia, y finalmente este Tribunal encuentra fundada la demanda impetrada contra la resolución que vulneraba el derecho de pensión del actor y procede de lleno a declarar la nulidad de dicha resolución ordenando a su vez a la demandada al reconocimiento pensional estableciendo así un Precedente para casos a futuro.

En sentencia de la Corte Constitucional del 2018, SU113, en el caso del precedente constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que tanto los fallos proferidos en control abstracto como en concreto están amparados por la fuerza vinculante, “debido a que determinan el contenido y alcance de la normatividad superior, al punto que su desconocimiento significaría una violación de la constitución”.

Si una norma, admite varias posibilidades de interpretación, es deber del juez aplicar la que resulta más benéfica para el trabajador, pues en caso contrario, se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso y el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 Superior.

En los dos países, queda claro que, el origen y la aplicación del precedente judicial, especialmente, en las sentencias de los tribunales o corte Constitucional se toman como fallo aplicable, a los casos que sean pertinentes, de manera obligatoria como apoyo en la interpretación de la Ley.



3.- Metodología

El presente estudio está orientado en una investigación cualitativa permite describir y analizar los fenómenos sociales tal y como son percibidos, experimentados o interpretados por las personas, es decir, que este tipo de investigación abarca en profundidad las opiniones, experiencias, creencias y pensamientos de las personas con relaciones al problema. (Hernández, Fernández y Baptista, 2006).

También, el enfoque es histórico – hermenéutico, según Heidegger (2011), la fenomenología hermenéutica es el método de investigación más apropiado para el estudio de la acción humana. Involucra un intento de describir y estudiar fenómenos humanos significativos de manera cuidadosa y detallada, tan libre como sea posible de supuestos teóricos previos, basada en cambio en la comprensión práctica.

4. Conclusiones

En este sentido, la jurisprudencia de las altas cortes de Perú se ha visto fortalecidas, pues, sus cumplimientos han adquirido un carácter obligatorio tanto para las partes como para los diferentes órganos del Estado al igual para los particulares y más aún cuando estas sentencias expedidas por el Alto Tribunal tienen como finalidad proteger y preservar los derechos fundamentales de las personas. Para el desarrollo de tales fines, por parte de la justicia constitucional, se han planteado situaciones dejando ver la posición asumida por el ente constitucional, donde la constitución prima antes que la ley como fuente válida del derecho y donde las normas legales establecidas sientan un precedente de carácter vinculante que de alguna forma u otra entran a formar parte de las fuentes del derecho.

En cuanto a esta, es preciso enfatizar que lo complejo del órgano constitucional radica en que pueda entenderse cabalmente partiendo de las atribuciones que le ha otorgado la carta política o el régimen jurídico que lo controla.



Hablar de la naturaleza política del Tribunal Constitucional peruano, es referirse directamente a lo que indica hacer derecho, donde su poder está concatenado a sus decisiones, por tal sentido hay que tener en cuenta que en países como Perú donde el Tribunal resuelve no solo conflictos económicos, políticos, sociales, culturales de índole laboral, por lo que está directamente inmerso en ella actuando bajo un rol de Tribunal imparcial donde prime la ratio y emotio que toda constitución debe contener y donde se apliquen verdaderas técnicas de interpretación judicial.

Lo que mejor caracteriza al Tribunal Constitucional en su forma de hacer derecho es el Status Jurisdiccional sin que por ello entonces se pretenda quitarle importancia a las demás características que identifican a este órgano.

De esto se desprende entonces que la Constitución peruana no interprete y comprenda al Tribunal Constitucional como un órgano del poder judicial, sino que por el contrario este asuma su función de impartir justicia constitucional, puesto que además le ha sido impartido no solamente la función constitucional sino también la de velar por que los derechos fundamentales conserven su eficacia y permanezcan siempre actualizados.

Por lo tanto, el honorable Tribunal Constitucional, desde la vista de órgano jurisdiccional ejerce un control activo de constitucional no solo como ente supremo que debe interpretar la constitución, sino que además debe ser garante de la salvaguarda de los derechos fundamentales cuando estos deban ser aplicados. Desde este punto de vista resulta ser obligatorio entonces que este órgano deberá contar con un conjunto de prerrogativas resultantes de la Constitución y de las leyes para poder desarrollar sus funciones constitucionales, donde los precedentes judiciales adquieran un carácter vinculante al igual que las doctrinas jurisprudenciales como producto de los métodos de interpretación que conlleven a una finalidad específica.

A diferencia del Estado colombiano, el sistema está encaminado a cumplir y hacer cumplir la ley, donde desde la misma Constitución Política quienes fungen como funcionarios del Estado están obligados a velar por el cumplimiento estricto del



ordenamiento jurídico dentro del cual los precedentes judiciales forman parte de este por lo que adquieren un carácter obligatorio a fin de proteger los derechos fundamentales de todas las partes dentro de algún proceso que se presente.

Se ha entendido en Colombia por precedente judicial aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia, En materia laboral el precedente judicial lo vemos referenciado en las sentencias colombianas, como: Sentencias SU- 230 de 2015 y SU 427 de 2016 -. El primero porque desatendió las normas e interpretación que ha realizado la Corte Constitucional sobre las mismas en relación con el régimen de transición, al reconocer que el IBL de la pensión del señor Delgado debe calcularse con el marco jurídico anterior, es decir, el Decreto 546 de 1971. El segundo, toda vez que soslayó el precedente constitucional, que advierte que el IBL no hace parte del régimen de transición, de modo que debe ser liquidado con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por ende, solicitó dejar sin efecto el auto, con efecto de fallo, proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 24 de noviembre de 2016 y se ordenara emitir otro fallo ajustado a derecho.

Queda claro, que los dos países analizados, tiene las mismas dinámicas y obligatoriedad en la aplicación de los fallos en sentencias, especialmente en el área laboral, que llevan a tomar decisiones, que garantizan el principio de igualdad y garantizan una unificación en los conceptos y derechos de los trabajadores. Por otra parte, mantienen y fortalecen la seguridad jurídica, en la aplicación de la justicia por los operadores administrativos, y, en especial, los judiciales.



5.- Bibliografías

Heidegger, H. (2011). Entre Fenomenología y Hermenéutica. Editorial Mc Graw Hill.

Hernández, Fernández y Baptista (2006). Metodología de la Investigación. Cuarta Edición
México - Editorial: McGraw-Hill

Precedentes Vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional de Perú.

Tomo II. Primera Parte.

Derecho Laboral y Previsional.

Derechos de Edición 2017 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Precedentes Laborales. Aplicación y su ejecución inmediata

Escuela de Postgrados PUCP.

Autor: Luis Vásquez Flores.



IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2020